46. Capitulaciones matrimoniales de Barbastro y su Somontano (1459-1775)
Manuel Gómez de Valenzuela

47. El Estatuto Jurídico de los aragoneses en el extranjero
José Manuel Paz Agüeras

48. Estatuto Jurídico de las lenguas propias de Aragón. La Ley 10/2009, de 22 de diciembre
José Ignacio López Susín
José Luis Soro Domingo

49. 16 ensayos sobre democracia, justicia y derechos humanos
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

50. Régimen legal y práctica judicial de las inmisiones medioambientales en Aragón
Carlos Bosque Argachal

51. Los bienes mostrencos en Aragón (Estudio histórico y actual)
Miguel L. Lacruz Mantecón

52. La mediación familiar y su reflejo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón
María Rosa Gutiérrez Sanz

53. Capitulaciones matrimoniales de Sobrarbe (1439-1807)
Manuel Gómez de Valenzuela

54 Al margen de los protocolos notariales aragoneses: memorias y crónicas, antología de poesía notarial y notas varias (1429-1711)
Manuel Gómez de Valenzuela

55. La organización eclesiástica del Reino de Aragón (1035-1164). A propósito del Concilio de Jaca de 1063
Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat

56. Crisis de familias trasnacionales y Derecho Civil en Aragón
Francisco de Paula Puig Blanes

57. Antología de documentos de Derecho civil histórico aragonés (1423-1798)
Manuel Gómez de Valenzuela

58. El derecho de abolorio en Aragón
Emilio Latorre Martínez de Baroja

59. El derecho foral de Jaca en los siglos XI, XII y XIII
Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat

60. El Derecho civil aragonés en el contexto español y europeo
José Antonio Serrano García

61. El espacio del Derecho Interregional tras los Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones *mortis causa*
José Javier Pérez Milla

62. El merino de Zaragoza (siglos XIII a XVI
Manuel Gómez de Valenzuela

63. La gestión pública de la pobreza infantil desde los Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Aragón
Carmen Mesa Raya

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

Mª CRISTINA CHÁRLEZ ARÁN

EL ABOGADO DE FAMILIA FRENTE A LA RUPTURA DE PAREJA. PROBLEMAS Y OPORTUNIDADES EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL

64

Mª CRISTINA CHÁRLEZ ARÁN

EL ABOGADO DE FAMILIA FRENTE A LA RUPTURA DE PAREJA. PROBLEMAS Y OPORTUNIDADES EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL

COLECCIÓN

El Justicia de Aragón

Relación de Títulos publicados de la Colección

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

31. Régimen de acceso a las funciones públicas para los discapacitados: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad
Elena Olga Abad Marco

32. La gestión del consorcio en la Ley 2/2003, de 12 de febrero
Jesús Martínez-Cortés Gimeno

33. Documentos sobre ganadería altoaragonesa y pirenaica (siglos XV y XVI)
Manuel Gómez de Valenzuela

34. "Intestato" e "inconfessio". "Qui porro intestatus decesserit habeatur olim pro damnato ac infami". Apuntes sobre su tratamiento legal en la Edad Media. Posición del Derecho aragonés
Natividad Rapún Gimeno

35. Los ministros de la Real Audiencia de Aragón (1711-1808)
Juan Francisco Baltar Rodríguez

36. La fiducia sucesoria aragonesa
Miguel Ángel Martínez-Cortés Gimeno

37. Miguel Servet en Francia. El exilio forzoso de un pensador aragonés
Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor

38. La reforma de la Seguridad Social por la Ley 40/2007. Incidencia de la legislación autonómica en la pensión de viudedad de las parejas de hecho
Juan Molins García-Atance

39. Los derechos fundamentales y la Constitución, y otros estudios sobre derechos humanos
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

40. La Capitanía General de Aragón (1711-1808)
Juan Francisco Baltar Rodríguez

41. Capitulaciones matrimoniales de la Jacetania (1441-1811)
Manuel Gómez de Valenzuela

42. La intervención de la Iglesia en la sucesión "ab intestato". Zaragoza, S. XVI-XVIII
Natividad Rapún Gimeno

43. Estudios de Derecho comparado
Gabriel García Cantero

44. Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad
De Salas Murillo (coord.)

45. Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad
María del Carmen Biesa Hernández

EL ABOGADO DE FAMILIA FRENTE A LA RUPTURA DE PAREJA. PROBLEMAS Y OPORTUNIDADES EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL

Mª Cristina Chárlez Arán
Abogada
Doctora en derecho
Académica de número
(Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación)

El Justicia de Aragón
Zaragoza, 2024

Título: El abogado de familia frente a la ruptura de pareja. Problemas y oportunidades en la práctica profesional

Autora: Mª Cristina Chárlez Arán

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z 180-2024

I.S.B.N.: 978-84-92606-57-3

Imprime: Cometa, S.A.

ÍNDICE

I. PRÓLOGO 13

II. PRESENTACIÓN 19

III. PREÁMBULO 23

IV. INTRODUCCIÓN 33

V. LA FAMILIA. CAMBIOS EN LA SOCIEDAD 39
5.1. La patria potestad 43
5.1.1. La filiación 43
5.1.2. Antecedentes. La patria potestad en el Derecho Romano 53
5.1.3. Concepto y Fundamento 55
5.1.4. Naturaleza y caracteres de la patria potestad . 58
5.1.5. Ejercicio de la patria potestad por los padres .. 73
5.1.6. Intervención de la autoridad judicial 80
5.1.7. Derechos de los progenitores cuando no ejercen la patria potestad 82
5.1.8. La representación legal de los hijos 83
5.1.9. Los bienes de los hijos y su administración 87
5.1.10. Deberes de los hijos 94
5.1.11. Límites o excepciones 96
5.1.12. Extinción y pérdida 99

5.1.12.1. Situación de desamparo 104
5.2. Interés primordial del menor 116
5.2.1. Origen del principio del interés primordial del menor. Legislación 116
5.2.2. Estudio particular del principio del interés del menor en las crisis familiares 145
5.2.3. Funciones del principio del interés del menor 149
5.2.4. Derecho del menor a ser oído 152

VI. OBJETO DE LA CUSTODIA DE LOS MENORES 157

VII. ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO 161
7.1. Antecedentes 161
7.2. Derecho comparado 169
7.2.1. Francia 171
7.2.2. Reino Unido 181
7.2.3. Italia 190
7.2.4. Breve reseña de los EE. UU. 197

VIII. ÁMBITO. CRISIS DE PAREJA 199
8.1. Fase previa a la separación (o ruptura de convivencia) 199
8.2. Fase de separación (o ruptura de convivencia) 200
8.3. Fase del proceso de separación (o ruptura de convivencia) 201

IX. REFERENCIA AL PROCESO JUDICIAL 211

X. EFECTOS EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA (SEPARACIÓN, DIVORCIO, NULIDAD, RUPTURA DE LA PAREJA DE HECHO) 217
10.1. Derecho de visita 228
10.2. Pensión de alimentos 231
10.3. Breve referencia a gastos extraordinarios 243
10.4. Puntos de encuentro familiares 245

XI. FÓRMULAS JURÍDICAS DE GUARDA Y CUSTODIA.... 257
11.1. La guarda exclusiva o unilateral 260
11.2. Guardia y custodia compartida alternada 266
11.2.1. Terminología 269
11.2.2. Conceptos y relación con el interés del menor.. 272
11.2.3. Otras características: distribución del tiempo, alimentos y hogar familiar..... 286
11.2.4. Recapitulación 288
11.3. Comunidades Autónomas..... 290
11.3.1. Cataluña..... 290
11.3.2. Valencia..... 292
11.3.3. Navarra..... 293
11.3.4. Euskadi-País Vasco 294
11.3.5. Aragón 297

XII. REFERENCIA NECESARIA A LA MEDIACIÓN. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS..... 307
12.1. Introducción 307
12.2. Breve referencia a la mediación, conciliación y arbitraje 314
12.2.1. Negociación 315
12.2.2. Conciliación 317
12.2.3. Arbitraje..... 317
12.2.4. Mediación..... 318
12.2.4.1. Naturaleza jurídica de la mediación 323
12.2.4.2. Ejecución de los acuerdos 326
12.2.4.3. Breve referencia a otros campos en mediación 327
12.3. Medios alternativos de solución de controversias ... 331

XIII. MEDIACIÓN FAMILIAR. UNA SOLUCIÓN A LA CONFLICTIVIDAD EN LA RUPTURA DE PAREJA 339
13.1. Mediación familiar 339
13.2. Referencia sobre posibles indicaciones y contraindicaciones de la mediación familiar 350

13.3. Referencia al proceso de mediación 352
13.3.1. Características 353
13.3.2. Inicio y duración del proceso 354
13.3.3. Elaboración del proceso 362
13.3.4. Esquema del proceso. Fases 373
13.3.4.1. Determinación por la Legislación 374
13.3.4.2. Concreción de las fases según legislación general 375
13.3.5. Aplicación de las fases a la mediación familiar 379
13.4. Principios 391
13.4.1. Principios del proceso 395
13.4.1.1. Principios generales de la mediación familiar 395
13.4.1.2. Principios rectores en la intervención del mediador 399
13.4.1.3. Principios o reglas tácitas que deben informar la actuación de las partes en el proceso de mediación 403
13.5. Sujetos participantes en la mediación familiar 405
13.5.1. El mediador 405
13.5.2. Partes o clientes 410
13.5.3. Otros posibles participantes 410
13.5.3.1. La mediación y los menores 410
13.5.3.2. El recurso al asesoramiento externo. 414
13.5.3.2.1. Participación del abogado en la mediación: mediador o asesor jurídico 415

XIV. LEGISLACIÓN 419
14.1. Legislación sobre mediación familiar 419
14.1.1. Ámbito normativo. Regulación legal 419
14.1.2. Recomendación Europea 419
14.1.3. Referencia a la legislación general en España ... 423

14.1.4. Comunidades Autónomas 427
14.1.4.1. Andalucía 427
14.1.4.2. Asturias 430
14.1.4.3. Baleares (Islas Baleares) 432
14.1.4.4. Canarias 434
14.1.4.5. Cantabria 435
14.1.4.6. Castilla-La Mancha 438
14.1.4.7. Castilla y León 441
14.1.4.8. Cataluña 443
14.1.4.8.1. Legislación 443
14.1.4.8.2. Breve referencia a la figura de Coordinador parental .. 451
14.1.4.9. Galicia 452
14.1.4.10. Madrid 454
14.1.4.11. Euskadi-País Vasco 457
14.1.4.12. Comunidad Valenciana 459
14.1.4.13. Aragón 460
14.2. Especial consideración en Aragón 465

XV. CONCLUSIONES 477

XVI. BIBLIOGRAFÍA 487

XVII. GLOSARIO 513

Lex familia et hereditas
Leges. XII Tabularum

Ley de las XII Tablas
Tablas IV y V

Como se ha dispuesto de su propia manera particular,
el derecho a ser.
Gayo, Inst. II, 224

I. PRÓLOGO

No es infrecuente que en la presentación de las obras ajenas quien las prologa advierta del apuro en que se encuentra, pues el de escribir prólogos no resulta un género fácil de dominar. A partir de ahí, algunos prologuistas tratan de librarse con unas breves líneas de consideración hacia el autor y una mención igualmente sumaria del tema que haya estudiado. O los hay, muy cumplidos, que refieren una biografía casi cronográfica de la vida y milagros del prologado con más detalles de los necesarios. Otros presentadores, en cambio, se imponen la misión de ofrecer una especie de ponencia alternativa que seguramente nadie les requiere y que consume más páginas de lo que precisa su cometido. En suma, qué difícil es establecer el término medio en que (como sucede con toda virtud) resida el secreto para hacer un buen prólogo. Sea como fuere, prologar suele ser una tarea gratificante: la criatura ya está, por fin, en brazos de quien la exhibe y el esfuerzo para alumbrarla (*magni sudoris opus*) lo ha hecho otro.

Voy al caso. Tener la oportunidad de presentar esta obra de la Dra. Chárlez Arán me llena de alegría y la agradezco sinceramente. Aunque constituya para mí un empeño no exento de dificultad, pues querría hacerlo bien. Porque conozco a Cristina desde hace tiempo, porque he sido testigo de su esfuerzo para lograr un reconocimiento como investigadora al paso que iba

acrecentando su prestigio como abogada. Recuerdo sus primeros pasos como docente en la Universidad de Zaragoza, y no la he perdido de vista en su periplo por otros foros académicos, congresos, también en parlamentos, etc., y admiro sus publicaciones y actividades jurídicas. Aunque todo eso ya es mucho a considerar en un prólogo, no puedo olvidarme tampoco de la estimable dimensión humana de la autora de esta monografía. Incluso comparto amistad con su encantadora familia. Todo viene de cuando un día se presentó en mi despacho de la Facultad y me propuso directamente, aunque de nada nos conocíamos antes, que dirigiera su tesis doctoral. Aceptar suponía un compromiso por ambas partes y cumplirlo tenía algo de aventurado, pues *a priori* no era fácil adivinar los usos y manías de cada uno en el modo de trabajar. Acepté con una sola condición: que la temática de la tesis nos interesase, tanto a ella como a mí, como así sucedió. Y Cristina fue mostrando su buen hacer como investigadora. Y voluntad, muchas voluntad, acrisolada por las dificultades que tuvo que afrontar y resolver. Y la humildad para atender objeciones, hilando y deshilando sus propuestas conceptuales tantas veces como fuera necesario. Así, con una meritoria capacidad de trabajo, logró una magnífica memoria de tesis doctoral pues fue calificada como sobresaliente por el tribunal que la juzgó.

De la importancia de los temas abordados en esta monografía da cuenta el propio título, bastante descriptivo. Con permiso de la autora, podría resumirse en algo parecido: *las consecuencias jurídicas de las crisis de pareja*. No es un episodio más del Derecho de familia, es *el tema* de inevitable actualidad que incumbe directa o indirectamente a mucha gente. Hasta tiene algo de expectación en lo que se refiere a las rupturas de personajes famosos, de que suele haber reseñas cotidianas en los medios nacionales e internacionales. El notable incremento de las crisis de pareja es una característica de la sociedad española (y de

las sociedades desarrolladas contemporáneas, en general), que tiene su influencia —también— a la hora de definir un modelo matrimonial —efímero—, y la noción misma de familia (precisamente la familia precaria o dividida). El fenómeno en sí resulta objetivamente complejo, aglutina cuestiones muy heterogéneas: la juridificación de las rupturas (matrimoniales o no) comporta destacados efectos personales (de entrada, p. ej., se modaliza el concepto de hogar familiar) así como patrimoniales (liquidaciones económicas, pensiones, compensaciones, la atribución de la vivienda familiar, etc.). O sobre los vínculos paternofiliales, el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, o sobre los derechos de los propios hijos. Aunque parezca exagerado (y no es así), las rupturas pueden llegar a reclamar una respuesta de tipo sociosanitario (si se originase un acusado empobrecimiento del modo de vida, p. ej.) o alteraciones de salud (p. ej., el discutido «Síndrome de Alienación Parental»). Qué decir cuando existan situaciones de violencia concomitantes. En suma, las rupturas plantean un cúmulo de dificultades que deben resolverse (al menos, encaminarse) de manera adecuada para los miembros de la familia y, primordialmente, para los menores cuyo interés es y debe ser preferente en todo caso. Son aspectos vitales, en el pleno sentido de la palabra, en cuanto no solamente están en juego necesidades de carácter económico o patrimonial.

Cristina Chárlez adopta un original *modelo instruccional* para abordar todo eso que comporta la ruptura familiar, proponiendo un inventario de las cuestiones que los abogados de familia deben tener en cuenta para gestionar semejantes conflictos, especialmente cuando se trata de las rupturas de pareja con hijos a cargo. Aunque son los adultos los que pugnan por el mérito del papel protagonista de su ruptura como pareja, puede haber otros agonistas (como los abuelos y otros familiares) y víctimas de sus consecuencias (los menores, no sé si son víctimas mera-

mente colaterales o más bien frontales). ¿Qué hacer con los hijos menores o dependientes? Los adultos elegimos pareja, y hasta en ocasiones decidimos *deshacernos* de ella. Pero los hijos —suele decirse gráficamente— no se divorcian de sus padres, los hijos no pueden *devolverse* cuando se va al traste el proyecto de vida familiar iniciado. En un contexto en que frecuentemente se normaliza la idea de conflicto, de confrontación y hasta de violenta, el reparto de los hijos puede resultar problemático en mayor grado que la atribución de los demás bienes que se han compartido en la situación de familia íntegra antes de la ruptura. Son los hijos los que pueden acusar el daño, tanto o más que sus respectivos progenitores, sobre todo cuando se les instrumentaliza como arma de los propios padres en disputa, dentro de unas concretas estrategias de vencimiento. Los especialistas tratan de ofrecer una explicación con base en los mecanismos de una «agresividad desplazada» existente entre los adultos que, en ocasiones, se concreta en una victimación secundaria por medio de los menores. La batalla por los hijos puede resultar despiadada y cruel hasta extremos insospechados. Por desgracia se entiende fácilmente tal extremo con algunas noticias, extraordinariamente dramáticas, que con desalentadora regularidad ofrecen los medios de comunicación.

Como recuerda el magistrado Seijas Quintana, «la quiebra o fracaso de dos individuos como pareja no comporta necesariamente su fracaso como padres. Pero, además, una buena regulación de la familia previene situaciones de violencia doméstica». Y es aquí donde los operadores jurídicos disponen de una oportunidad menos asequible para quienes se dedican exclusivamente al estudio de los aspectos teóricos o conceptuales de las crisis familiares. De alguna manera aquellos profesionales de la práctica jurídica, como sucede con los abogados, no son meros espectadores de problemas ajenos. Por eso creo que es

importante destacar que nuestra autora ha logrado aglutinar, en la monografía que nos ofrece, todo un protocolo de afrontamiento de las rupturas familiares desde el ejercicio profesional. Los epítomes que contiene el índice resultan suficientemente expresivos, aunque adviértase que no se limitan a las cuestiones sustantivas o procesales que podríamos considerar tradicionales y netamente jurídicas. Se expone igualmente el *status quaestionis* de la mediación familiar, como medio de gestionar adecuadamente el conflicto personal y jurídico que entrañan las quiebras de convivencia. Por otra parte, la peculiar perspectiva profesional (especializada, pero no restringida) que se adopta en la monografía, permite agradecer que no se haya limitado ni al ámbito del Derecho común nada más, ni solamente a las especialidades territoriales de Aragón. Por el contrario, cuando procede, ofrece una panorámica de los diferentes Derechos existentes en nuestro país que resulta sumamente útil para los profesionales del Derecho de familia en general.

Creo que todo ello bien merece que, como decía al principio, esta monografía sea una ocasión feliz para los que estamos interesados en el Derecho de familia, y para otros juristas. Enhorabuena a la autora, a su Colegio profesional de Abogados, a la Universidad de Zaragoza en que enseña, y a institución del Justicia de Aragón que ha agregado a su colección editorial un título que resulta sumamente valioso. Ojalá que Cristina Chárlez Arán pronto pueda regalarnos otros trabajos similares.

Isaac Tena Piazuelo
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

II. PRESENTACIÓN

La obra que editamos dentro de la colección «El Justicia de Aragón», para los miembros de esta singular institución estatutaria aragonesa la *«colección blanca»*, fruto de la tesis doctoral de la doctora Cristina Chárlez, será la nº 64 de aquella aventura editorial iniciada bajo el mandato del justicia Monserrat, y que tres décadas después se ha convertido en el lugar de encuentro de muchos y excelentes juristas de esta singular tierra de derecho.

Conozco a Cristina Chárlez desde hace muchos años en su faceta de abogada, y hemos compartido en posiciones contrarias procedimientos judiciales de crisis de pareja, y debo decir que su especial forma de trabajo en defensa de los intereses de sus clientes, y me atrevo a decir en *pos* de la mejor solución a problemas en los que debe intervenir el derecho, pero en el que no siempre hay solución jurídica, la ha convertido en una de las más cualificadas profesionales en derecho de familia de nuestra comunidad. Recuerdo especialmente un procedimiento de divorcio en el que las partes, sabiamente, dejaron a un lado las cuestiones relativas a la hija menor común, sobre las que hubo acuerdo inmediato sin discrepancia, pero que en lo relativo a las cuestiones patrimoniales fue una batalla épica. La letrada Chárlez realizo un planteamiento de determinación de los ingresos del marido, de difícil prueba, por la determinación y estudio en profundidad de los gastos de la unidad familiar, y con ello con-

siguió una posición para su cliente especialmente beneficiosa, y sí, «ganó», me ganó, el pleito.

Aquella letrada se convirtió hace ya unos años en doctora, al elaborar y presentar su tesis: *El abogado de familia frente a la ruptura de pareja. Problemas y oportunidades en la práctica profesional*, de la que como queda dicho proviene esta obra, bajo la dirección de otro buen amigo, y en su día compañero docente en el Departamento de derecho privado de la Universidad de Zaragoza, el catedrático doctor Isaac Tena. Del foro a las aulas y la investigación, e incluso a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, de la que es miembro de número y en la actualidad secretaria, es el recorrido de Cristina Chárlez, que en esta obra ha sido capaz de dar visibilidad a esa parte tantas veces desconocida para la bibliografía jurídica como es la participación que tienen los abogados en los procedimientos, y, en este caso en especial, en los procedimientos de familia.

Desde hace años vengo pregonando, quizás sin mucho éxito, qué si existe un colectivo que puede aportar mucho a la ciencia jurídica, en su parte más práctica, es el de la abogacía. Cada demanda y contestación a la demanda, o los escritos de interposición u oposición en los distintos recursos, son por si mismos un gran trabajo técnico jurídico, que pocas veces es conocido al margen del proceso singular. Trasladar ese trabajo a la sociedad, mediante participación en revistas especialidades o trabajos concretos debería ser algo normal, que pocas veces se produce. Por eso que una letrada de primer nivel en su materia, como es Cristina Chárlez, nos traslade su trabajo académico en esta obra es algo que sin duda merece el mayor de los elogios, y, en esta ocasión, la mayor de las felicitaciones desde el convencimiento de su aportación a la práctica procesal para muchos abogados, pero también a la academia por la profundidad de lo en él plasmado.

Como ya hemos dicho en otras ocasiones, este trabajo vuelve a situar al Justiciazgo en su labor de análisis, estudio y difusión del derecho, especialmente en esta colección, sobre aquellos temas que inciden en esa misión que nuestro estatuto de autonomía le otorga: la defensa de los derechos y libertades individuales y colectivos, y a la espera que otros nuevos doctores de nuestras universidades aragonesas puedan encontrar aquí un lugar para dar a conocer su trabajo. Para eso el Justicia de Aragón siempre tendrá sus puertas abiertas.

Javier Hernández García
Lugarteniente del Justicia de Aragón

III. PREÁMBULO

Tras casi treinta años dedicados al ejercicio de la abogacía en el momento de finalización de la tesis doctoral que ahora publico, debo comenzar exponiendo los motivos que me llevaron, hace más de veinte años, a valorar como objeto de investigación y desarrollo en la misma la posición del letrado ante la problemática generada por las situaciones de ruptura de pareja, la repercusión que estas situaciones tienen en las relaciones paternofiliares y la utilización de la herramienta de la mediación (o bien ADR y ahora MASC), como solución alternativa a estos conflictos; todo ello, en aras de que el tránsito por dicha situación sea lo menos traumático posible para los que en ella se ven inmersos y, por supuesto y sobre todo, para el menor, en los casos en que este pueda verse involucrado en dicho proceso de ruptura. La inexistencia de medios normalizados opcionales al proceso judicial contencioso, una vez fracasados los intentos de llegar a acuerdos entre abogados para la solución del conflicto, me llevó a considerar la necesidad de profundizar en la búsqueda de la articulación y sistematización de dichos medios, al estudio de su configuración y regulación en otras legislaciones y, finalmente, al análisis de la normativa que, a lo largo de estos años, ha ido surgiendo en nuestro ordenamiento jurídico en el que se está avanzando de manera notable tanto desde el ámbito legislativo, como el administrativo en la implantación de

dichos medios alternativos cuyo desarrollo a todos los niveles esta siendo, aunque lento, parece que imparable.

En relación con lo anteriormente expuesto, la praxis profesional me lleva a comprobar que ante un conflicto familiar o crisis de pareja, los tribunales no pueden ofrecer una solución completa y práctica a la problemática que diariamente generan dichos asuntos. Por supuesto, se dictan resoluciones (ya sean sentencias, autos o decretos) y se toman decisiones que buscan fijar, concretar y tratar de solucionar todas las posibles incidencias que puedan generarse pero, la realidad es que, en el ámbito familiar, cuando no hay un compromiso de las partes para gestionar pacíficamente la problemática diaria, las motivaciones, impulsos, actuaciones y decisiones que se producen superan con mucho cualquier previsión que se pueda intentar fijar en una sentencia, un auto o cualquier resolución judicial y, sobre todo, como ya he apuntado, cuando existen hijos menores las dificultades para acatar o aplicar la sentencia son muchas veces insalvables.

En este sentido, son los propios jueces los que, en los foros y jornadas de derecho de familia han ido manifestando la imposibilidad de dar solución total y definitiva en la práctica a los conflictos de pareja, y por ello se va planteando el tema del proceso de mediación, ADR o MASC. Consecuencia de ello y siendo en mi opinión absolutamente necesario para el profesional del derecho el mantenimiento de una permanente y continua acción formativa, inicié como ya he indicado, hace más de veinte años a comenzar el estudio de dichos procedimientos. La profundización —en concreto en la mediación— la he desarrollado, en consecuencia, tanto a través de los estudios como en la práctica diaria de mi profesión. Inherentemente a lo anterior debo indicar al respecto que en septiembre de 2010 se constituyó en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza la Comisión de

Mediación a la que pertenezco y que me ha permitido y permite continuar con una intensa, profunda y gratificante actividad en este ámbito, igualmente he participado en el máster y cursos sobre mediación y ADR.

Expuesto todo lo anterior, debo centrarme en concreto en el objeto de esta investigación la cual he realizado, al considerar las carencias existentes en el sistema procesal y judicial para resolver este tipo de conflictos y, a su vez, tratar de realizar mi aportación a la mejora del sistema. Lógicamente tengo un gran interés personal en que dicha aportación pueda ser, de alguna manera, de utilidad a mi Comunidad Autónoma, por lo que en muchos apartados de esta tesis me centraré en la Comunidad Autónoma de Aragón que es donde ejerzo mi profesión.

Los abogados especializados en derecho de familia observamos como en otros ámbitos del ordenamiento jurídico la resolución alternativa de conflictos ha tenido más avance. Así por ejemplo, en un entorno tan específico como el derecho laboral, la conciliación-mediación previa al proceso judicial es obligatoria y existe una cultura muy arraigada de la conveniencia de solucionar el conflicto en esta sede previa. Por el contrario, en el derecho de familia, siendo una rama todavía más específica, por el componente que tiene de personal, la mediación, se encuentra muy incipiente y todavía no se implanta. Los procesos judiciales, en general, son complejos, largos y costosos, no refiriéndome con ello únicamente al coste económico, sino también al coste personal. Nos encontramos ante un ordenamiento del derecho peculiar con notables características propias ya que tiene un contenido ético que traspasa el marco jurídico, rozando cuestiones psicológicas, pero teniendo también límites legales.

Por mi experiencia puedo asegurar que, en los procesos judiciales contenciosos en el ámbito familiar y, sobre todo, cuando hay hijos menores, se generan enormes tensiones de las que,

en ocasiones se derivan en otras problemáticas psicológicas o con necesidad terapéutica. Por ello, desde mi punto de vista, es conveniente en el proceso de familia, acudir a una resolución alternativa del conflicto mediante la mediación (y en este caso mediación familiar), y ello aunque el conflicto se solucione vía judicial, puede llevarse la alternativa de forma paralela. Para llegar a esta conclusión personal que al final indico, ha sido necesario el estudio de conceptos generales así como procedimientos y normas ya existentes.

Debo hacer constar que mi opinión en relación con la mediación como herramienta de resolución de conflictos es contraria a la de muchos de mis compañeros de profesión, compañeros con valorada, larga y dilatada experiencia en derecho de familia, con los cuales, en diferentes en foros y mesas redondas, he debatido sobre los diferentes puntos de vista y donde, a pesar de no haber llegado a acuerdos unánimes al respecto, han sido debates altamente constructivos. En la profesión de la abogacía, mucha parte del colectivo estima que la solución viene dada en el pleito, en el proceso judicial, y en la resolución del juzgado, no creyendo que la mediación vaya a avanzar, ni tenga ningún efecto resolutivo. Ya he indicado, que puede no tenerlo y de hecho así sucede en muchas ocasiones puesto que efectivamente no acaba de implantarse, pero que es posible realizar esta vía de forma paralela.

Esta investigación, aunque pueda resultar retórico, «comienza desde el principio». Para llegar al estudio de la conveniencia o no de la mediación y en este caso de la mediación familiar, he entendido que lo conveniente es empezar con el estudio de los conceptos de derecho de familia. No obstante indico de forma expresa que estos conceptos los estudio de manera general, para llegar al apartado final de la tesis que es la mediación familiar, pero como ya he expuesto comienzo con los indicados conceptos y en concreto el de custodia compartida, porque desde la

implantación en la legislación familiar de este tipo de custodia, la mediación familiar se relanzó y se ha mantenido.

Pongo un concreto ejemplo debido al ejercicio de mi profesión preferentemente en la Comunidad Autónoma de Aragón, y me refiero con ello a que con la Ley de igualdad en las relaciones familiares dictada en el año 2010 (ahora integrada en nuestro C.D.F.A.), precisamente al quedar expresada la custodia compartida —posteriormente modificado tal como expondré—, también quedó ya determinada la conveniencia de derivación a la Mediación Familiar (actualmente C.D.F.A. y leyes concretas sobre mediación).

Por tanto, para el estudio del concepto de custodia compartida, considero que debo tratar en la memoria de investigación los conceptos del derecho de familia, comenzando desde los básicos. Y lo entiendo y expongo de tal forma, porque la cuestión de la custodia compartida, también es altamente debatida y discutida en foros de derecho familiar. Debo decir que, aunque en el ejercicio de la profesión, dicha custodia se esta concediendo, en atención sobre todo a la preferencia del interés del menor, aun así continua el debate sobre la conveniencia o no de la misma. Es necesario realizar estudios psicológicos y seguimientos de los procesos de mediación familiar (en ejecución de los procesos) para, estimar si existe o no este beneficio. Por ello dejo adelantado que espero poder continuar con esta trayectoria profesional, a fin de poder ampliar y revisar estos estudios.

Retomando en concreto la tesis, expongo brevemente la estructura de la misma:

Comienza con la Introducción, en su apartado IV, y la familia y cambio sociales en su apartado V. Y ya dentro de éste, los derechos de familia partiendo de los básicos tales como la patria potestad, la representación de los hijos etc. Dejando un apar-

tado más amplio dentro de éste referido al importantísimo principio del interés primordial del menor. Continúa el capítulo VI referido ya a la custodia, y siendo como refiere el titulo de esta publicación uno de los puntos principales, consta estudiada en los siguiente capítulos su ley al respecto, referencia al proceso judicial, con sus efectos y conceptos que se pueden determinar dentro de la tramitación. Y ya concretamente el capítulo XI se centra en la custodia compartida y la legislación existente a su respecto en concreto lo que tenemos en España en nuestras Comunidades Autónomas. Con ello llegamos al ultimo capítulo, el XII, que como es de observar es el más extenso en la memoria de investigación. Y la explicación de tal extensión lo es puesto que reitero como observo la necesidad de una modificación en la tramitación a fin de que se pueda implantar la mediación.

La expongo por tanto de forma más amplia, puesto que, y dado de nuevo mi profesión de jurista práctico, entiendo que debe garantizarse un proceso de calidad. No entiendo la mediación como un sistema regulado, no me refiero a sistema formal, puesto que no lo es, quiero referirme a que para dotarlo de validez deben realizarlo profesionales formados específicamente y con experiencia en ello. En caso contrario podemos encontrarnos con la misma problemática a la hora de aplicar el acuerdo alcanzado en mediación que la que tenemos a la hora de aplicar las resoluciones judiciales. Debo tener en cuenta, según consta en la legislación que estudio en la tesis, que el acta final o acuerdo de mediación puede ser homologado en proceso judicial o puede ser elevado a escritura publica, si las partes lo desean. En consecuencia, y para que esto pueda realizarse, el acta final o acuerdo deberán ser realizado de forma profesional. De hecho, la actual legislación ya ha venido a determinar la necesidad de estudios específicos en mediación. Como estamos viendo la legislación sobre ADR —ahora MASC— no acaba de ser concretada, y

actualmente nos encontramos con el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, que trata de potenciar los ADR y en concreto la mediación.

Retomando la estructura del estudio que ahora publico, de forma resumida, expongo que voy enlazando conceptos del derecho de familia ya conocidos por todos desde antiguo para llegar a la mediación familiar y así, la presente memoria de investigación se basa en relacionar la situación de cambio de la familia en la sociedad y el momento en que se produce una ruptura de pareja o crisis familiar. Dicho cambio social ha llevado a la modificación de la ley existente, por ello considero que deberá modificarse también el proceso o la tramitación.

Pero para llegar a la ley actual, hay que conocer las bases anteriores, ya que el derecho de familia ofrece peculiaridades frente al derecho civil general por lo que es necesario tener en cuenta el contexto privado de la familia y, teniendo presente el interés preferente de los menores, observar como los conceptos básicos tales como la patria potestad han sufrido grandes modificaciones en su significado. Actualmente el art. 154 CC articula la patria potestad como institución que impone a sus titulares un conjunto de deberes y facultades sobre los hijos menores que se han de ejercer en beneficio de estos. Este concepto que, desde mi punto de vista, es básico y primordial cuando las partes-progenitores se encuentran inmersas en un proceso judicial, se olvida por completo en muchos casos. El principio del interés primordial del menor ya deviene de antigua legislación (declaración derechos del niño de 1924) y es por ello que dentro de las crisis familiares debe hacerse un especial estudio de estas cuestiones; porque el interés de los hijos es siempre preferente; tras tratar estos aspectos llego al apartado sobre la custodia de los menores. Reitero que aunque exista separación, debe mantenerse el deber de actuar en interés de la familia y, en concreto, en el tema

de la custodia, debido a los cambios sociales y familiares antes comentados se contempla dicha posibilidad en el a. 92 CC, y, en la Comunidad Autónoma de Aragón contamos con regulación especifica en el C.D.F.A., donde se concreta la posibilidad del ejercicio de custodia compartida (art. 80 CDFA) Y desde mi punto de vista profesional, comienzo aquí, con otra disquisición en un proceso jurídico, cual es el interés del menor, y si la custodia compartida es conveniente para dicho interés.

En nuestro sistema judicial, la organización de los juzgados, con unos —en mi opinión— excesivamente limitados medios y a pesar de la profesionalidad, dedicación y encomiable labor de su personal hace que la opinión sobre el interés del menor, recaiga en los gabinetes psicológicos de los Juzgados que, a pesar de la enorme profesionalidad y dedicación de los que los integran, debido a la indicada falta de medios se ve abocado a realizar una sola entrevista psicológica-social a los progenitores y a los menores, de poco tiempo de duración. Tras dicha entrevista se realiza un informe pericial, que puede tener en cuenta el juez para la decisión. Esto es, el juzgado, en muchas ocasiones, y aunque el informe no es vinculante, tomará la decisión en base a un informe realizado en escaso tiempo, y según el mismo puede decidir la custodia. Igualmente sucede con la «exploración judicial del menor» (según su edad), que el juzgado se ve obligado a realizar en escaso tiempo de duración por —como ya he dicho— la limitación de los medios materiales.

Es por ello que esta situación lleva a que, como abogado, me plantee la conveniencia de acudir de nuevo a la mediación familiar (apartado final de mi tesis) puesto que las partes-progenitores no suelen estar conformes tampoco con el examen realizado por estos gabinetes. En consecuencia me planteo la oportunidad del proceso de mediación para que sean las partes en conflicto quienes traten de conseguir solución a su desacuerdo, con la

ayuda de un profesional experto. La mediación, se ha relanzado desde que existe legislación referida a la custodia compartida, es por esto que en este estudio, dicho apartado que trata tal sistema de custodia es más amplio que otras cuestiones. Me he planteado en esta investigación que esta custodia puede tener como punto favorable que las partes-progenitores no «utilicen» a los menores para obtener fines económicos, tales como la pensión o el uso de la vivienda. Es este un tema muy debatido igualmente en los foros de derecho de familia, existiendo posiciones totalmente contradictorias. Mi opinión en este caso, la reitero tal como la he indicado: que los progenitores comprueben que la custodia compartida no les va a proporcionar por obligación la vivienda o una pensión económica, puede resultar beneficioso, dando lugar a acuerdo o soluciones que en otro caso no se logran. Esto es que los progenitores piensen en el interés de los hijos y si es conveniente la custodia individual, en favor de ellos y no por cuestiones económicas. En consecuencia si los progenitores consiguen comprobar estos hechos, estas cuestiones llevan al apartado final: que sean las partes quienes encuentren la solución a su problema, con la ayuda de un profesional especializado, a través del proceso de mediación. Este es por tanto el objeto del estudio, debido a que muchos de los problemas en las familias no se logran solucionar con las resoluciones judiciales, y por tanto es necesario avanzar en la posibilidad de contar además, con otros medios de solución alternativos.

IV. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico de la familia en lo que respecta al ámbito de las relaciones conyugales y paterno-filiares ofrece peculiaridades frente al derecho civil e incluso frente al derecho de familia en general, puesto que éste último también incluye otras cuestiones como las patrimoniales y de sucesiones.

Estas peculiaridades derivan de las relaciones personales a las que afecta y por tanto con un contenido ético que traspasa el marco jurídico, rozando o alcanzando cuestiones psicológicas, éticas o morales y teniendo límites claramente definidos sobre todo en el caso de existir hijos. Añadiendo además que en este caso existen unos derechos y deberes que se perpetúan en sus titulares, como en el caso indicado de las relaciones padres-hijos. El derecho establece cuales son los derechos y deberes de los cónyuges y de los padres con los hijos pero es imposible regular el mundo de los afectos y las emociones. El derecho de familia trata de alguno de estos aspectos.

En relación con ello es necesario tener en cuenta el carácter privado de la familia, lo que implica unas relaciones personales en las que no tiene cabida el ordenamiento jurídico derivado de los poderes públicos, sin embargo como he adelantado únicamente para el bien de los hijos es cuando se puede justificar la intromisión del Estado en sus distintas formas de poder público, sobre todo en el caso de que estos sean menores. En tal sentido se

configura el soporte constitucional para esta intervención, regulado en el art. 39.2 CE que indica «*los poderes públicos aseguran, asimismo la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación*».

Por tanto, en cuanto al ordenamiento jurídico de la familia y su derecho, la normativa referida a los hijos menores, es mucho más extensa. Así, continúa el párrafo 3 del artículo 39 CE, «*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*».

Es a esta cuestión a la que antes me he referido al indicar que el derecho de familia alcanza un marco psicológico, ético o moral, puesto que impone a los padres unas obligaciones jurídicas respecto a los hijos, que no pueden posteriormente vigilar los poderes públicos, siendo los padres quienes deben cumplirlas según su propio criterio. En el caso de que claramente no los cumplan, es cuando pueden intervenir dichos poderes públicos, mediante la acción administrativa, refiriéndonos a una actividad debidamente programada y dotada de recursos materiales y humanos organizados para la ideación, desarrollo y ejecución de una serie de políticas públicas destinadas a la consecución de unos determinados objetivos que, en el campo que nos ocupa, serían el remedio de las situaciones de desprotección de los menores. Es por ello que la entrada de la Administración reservada tradicionalmente al Derecho Civil y a los Juzgados Civiles supone la necesidad de convivencia entre instituciones civiles y administrativas, instituciones que responden a distintos principios y cuya armónica convivencia únicamente se dará en la medida en que se tenga en cuenta que, tanto las instituciones civiles como los procedimientos administrativos, han de estar guiados por el principio superior de salvaguardar en cualquier caso el interés del menor.

Es evidente que debe darse una interrelación, interacción e interdependencia entre lo público y lo privado (así se desprende de lo establecido en el art. 39 CE). Debe haber coincidencia entre el Estado y los padres a fin de conseguir la efectividad del interés del menor y todo ello porque es preciso regular las relaciones familiares, especialmente cuando se trata de garantizar los derechos de los más indefensos, con el fin de alcanzar un necesario equilibrio entre los dos sistemas de protección que el sistema debe garantizar.

En relación a lo anteriormente expuesto no puedo dejar de incidir en que la actuación de los padres es prioritaria; las responsabilidades de éstos en el bienestar y la formación integral durante la minoría de edad del hijo se materializan desde el punto de vista jurídico a través de la institución de Derecho Civil de la patria potestad de cuya regulación se ocupa el Código Civil, fundamentalmente en los art. 154 y ss. Entre los deberes y facultades derivados de la patria potestad está la representación legal que, atribuida en primer término a los padres, les permite y encomienda actuar en nombre del menor en el mundo jurídico y en concreto para ejercitar los derechos de los que aquel es titular cuando aún carece de madurez suficiente para ejercitarlos por sí mismo, o cuando la ley impone necesariamente la actuación del representante legal.

Según estas líneas expuestas en este apartado, dado que mi profesión es la de ejercicio de la abogacía, en cuanto a la especialidad de Derecho de Familia, en consecuencia con ello constato que en el momento de una crisis de pareja y separación las responsabilidades de los padres continúan vigentes. Es evidente que cuando hablamos de los padres, nos referimos a ambos progenitores, por ello como he indicado en el ejercicio de mi actividad me he planteado estudiar en un concreto apartado la custodia compartida de los menores, ya que este concepto, entiendo

que no se refiere únicamente a la cuestión de reparto del tiempo con los padres, o de reparto de gastos, es mucho más amplio. Considero que es la implicación de ambos progenitores en todo el referente al menor. Y con el concepto «todo», es claro que me refiero a todas las facetas de los hijos. Parece lo conveniente que uno de los progenitores no se convierta en un mero «visitador» del hijo, con el que pasa ratos de ocio, sino que debe involucrarse en todos los aspectos. En multitud de ocasiones, en la profesión se escuchan las quejas de progenitor custodio sobre que debe ocuparse de todos los aspectos, ya que la otra parte solo tiene la compañía en fines de semana. Y, *a sensu contrario*, el progenitor no custodio, manifiesta su queja sobre que no se le comunican las cuestiones, y que se siente mero pagador de una pensión. Y entre tanto, puede resultar gravemente perjudicado el menor, el cual resulta menos atendido entre las manifestaciones de uno y de otro. Esta cuestión, a pesar de que llevamos ya tiempo con la legislación sobre custodia compartida, sigue siendo debativa. Por dicho motivo, de nuevo me planteo si podría resultar una solución para evitar conflictos posteriores la implantación de la custodia compartida, y por ello también lo valoro en el presente estudio.

En relación con lo mismo, es necesario intentar la mejor solución para la familia, por lo que desde mi punto de vista debe tratarse como cuestión principal la guarda y custodia de los menores, teniendo clara la prevalencia de la protección del menor y por tanto intentando solucionar la conflictividad matrimonial acudiendo a cauces o medios auxiliares, tal como la mediación familiar, motivo por el cual considero la realización de esta investigación. Y ello dado que se observa que las resoluciones judiciales no dejan satisfechas a las partes, como se comenta en todos los Foros referidos a esta especialidad, lo cierto es que los jueces no pueden dar solución a toda la problemática que tiene

una familia, dadas las múltiples y diferentes facetas dentro de la misma, y asimismo dadas las grandes diferencias y particularidades específicas que hacen cada una totalmente diferentes a otra, por tanto se constata que lo más conveniente es que las propias partes pongan su propia solución. Ahora bien, considero que lo conveniente es que exista una supervisión de profesionales cualificados, para tratar de llegar a un buen fin.

V. LA FAMILIA. CAMBIOS EN LA SOCIEDAD

Como he dejado adelantado en el anterior apartado y considero necesario reiterar, aún existiendo una ruptura del vinculo conyugal o de la pareja, existen unos derechos y deberes que se perpetúan en sus titulares como es el caso de las relaciones padres-hijos[1]. No obstante debo indicar que en la familia y por tanto en el derecho aplicable a la misma se proyecta un conjunto de valores que rigen en una sociedad en general[2] y por tanto no deben olvidarse los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad y así queda determinado en el art. 10 CE, la dignidad de la persona exige que se garantice el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales[3.]

En cuanto a las relaciones jurídicas-familiares y aunque sociológicamente la familia es un grupo de personas, jurídicamente solo hay relaciones interindividuales entre ellas, las cuales se fundamentan en dos: matrimonial o de análoga afectividad (pareja de hecho) o relación conyugal y la paternal y filiación o relación jurídica paterno-filial[4], todo lo cual da lugar a los consiguientes dere-

---

1 J.L. LACRUZ BERDEJO; J. RAMS ALBESA *et alii*. *Elementos de Derecho Civil*. Familia IV. RAMS ALBESA. Madrid. 2008. Edit. Madrid, 2008, pág. 5.

2 G.DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia*. Pamplona, 2012. Edit. Aranzadi, pág. 121.

3 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 51.

4 L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN BALLESTEROS. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II. Derecho de Familia. Madrid, 1998. Edit. Tecnos ,1998, pág. 32.

chos y obligaciones tanto en el primer caso incluidos los referidos a la separación o divorcio del matrimonio o pareja de hecho, como en el segundo caso los referidos a la patria potestad que expondré. En relación con ello hago referencia al el art. 29 CC, en cuanto a que el nacimiento es el hecho que determina la personalidad[5].

En este sentido, inevitablemente, tratar el tema del «menor» nos lleva a hablar del entorno familiar de éste. Los valores dominantes han de ser los que determina la Constitución[6] y en concreto, la protección de la familia, está recogida en el indicado art. 39 CE, el primero del Capítulo III, que tiene la denominación genérica de «principios rectores de la política social y económica». Estos principios constituyen un mandato para los poderes públicos, especialmente para el legislador y para los órganos integrantes del poder judicial.

La CE no aporta una definición de familia por lo que debemos deducirla de la interpretación de dos preceptos, el señalado art. 39 y el art. 32 relativo al matrimonio. Se debe tener en cuenta las modificaciones realizadas para el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio[7]. No obstante una primera aproximación lleva a suponer que el concepto de familia que subyacía en los debates constituyentes era el generalizado en la sociedad de aquel momento, pues si bien es cierto que dicho artículo 32 reconoce el derecho a contraer matrimonio[8], sin embargo, en el artículo 39, no existe ninguna referencia a que el matrimonio sea la base de la familia, ya que su apartado 2, reconoce situaciones no basadas

5 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 10.

6 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 121.

7 Ley 13/2005 de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio. *BOE* 157, 2 de julio de 2005.

8 La indicada Ley 13/2005 de 1 de julio, modifica el art. 44 añadiendo un 2º párrafo con la siguiente redacción: *«el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo».*

en el matrimonio. Es decir nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el indicado matrimonio. La familia contemplada en el art. 39 es entendida por la jurisprudencia constitucional como una realidad social fundada en el matrimonio o constituida mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja. Finalmente se utilizó un concepto abierto y plural de familia, adaptable a los presupuestos culturales que la sociedad española tenga en cada momento histórico. Y por tanto en relación con las actuales modificaciones, que he indicado, hay que señalar que el concepto de familia en la sociedad actual ha cambiado[9], las consideraciones sobre la familia y el menor no tienen que aparecer enfrentadas, ni ser ideas contrapuestas, por el contrario, en las situaciones normales, el menor alcanza el desarrollo de sus derechos y libertades dentro del seno de la familia.

Actualmente incluso se encuentra regulada mediante ley la cuestión relativa a parejas estables no casadas[10], es obvio que se constituye una familia aún el caso que no exista matrimonio[11]. Es decir existe la posibilidad de mantener situaciones convivenciales alternativas al matrimonio que disfruten de un régimen jurídico próximo al que caracteriza a este[12]. Si la pareja tiene des-

---

9 E. ROCA I TRIAS. *Familia, familias y Derecho de Familia*. Madrid, 1990. Edit. ADC, pág. 1055.

10 Referenciando como ejemplo la Comunidad Autónoma de Aragón dado mi ejercicio profesional en la indicada comunidad, consta el Real Decreto 1/2011 de 2 de marzo con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, que entre otras refunde la Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (que fue publicada en el *BOE* de 21 de abril de 1999) en concreto en su titulo VI De las parejas estables no casadas. Referido a la anterior Ley ahora refundida, consta el artículo de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. «Notas críticas sobre la Ley relativa de parejas estables no casadas». *Aequalitas: Rev. Jurídica de igualdad de oportunidad entre hombre y mujeres*. Nº 2. 1999, pág. 20.

11 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. «Nuevos modelos de familia: la respuesta legal». *Rev. española de derecho canónico*. Nº 163. Vol. 64. 2007, pág. 707.

12 J. NANCLARES VALLE. «La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de pareja». *Rev. jurídica del Notariado*. Nº 70. 2009, pág. 136.

cendencia, en concreto resultan incluso reguladas por Ley, las cuestiones relativas a los menores[13].

Se debe tener en cuenta en este apartado que es constitutivo del Derecho de Familia[14] las normas de organización y de las relaciones familiares básicas, así como las que resuelven conflictos de intereses que dentro de esas relaciones se pueden plantear. No se consideran en cambio normas en este sentido, aquellas otras que aunque tengan en cuenta el fenómeno familiar, deban entenderse que forman parte de otras materias (como por ejemplo el derecho tributario o el derecho laboral).

En un proceso, en el que se intenta solucionar un conflicto en el que están involucrados menores (niños o adolescentes), deberán tenerse en cuenta los cambios que han afectado a la familia en las últimas décadas. Es evidente que la familia constituye una agrupación dinámica, variable, que está sujeta en su configuración al paso del tiempo y a las diferentes sociedades.

Como ya he expuesto, los cambios en la sociedad, han provocado la evolución de este derecho[15], tanto en la legislación como en la aplicación práctica. Además del CC que expondré el

---

13 En concreto y refiriéndonos como ejemplo al anteriormente indicado Código Foral de Aragón, el art. 307 determina: *(…) consideración de gastos comunes de la pareja (…) los necesarios para el de los hijos (…) incluyendo el derecho de alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda (…)».* La anterior Ley sobre parejas estables no casadas establecía en su art. 8 es referido a *la prole común*, que determina en resumen: párrafo primero *(…) se estará en cuanto a guardia y custodia de la prole común, y al régimen de visitas, comunicación y estancia, a lo que la pareja haya convenido. No obstante el Juez podrá moderar (…) cuando a su juicio sea gravemente lesivo para los miembros o para la prole común (…).* Continuando el párrafo segundo: *(…) en defecto de pacto el Juez podrá acordar lo que estime procedente respecto a la prole común, en beneficio de los hijos, y previa audiencia si tienen suficiente juicio o son mayores de doce años (…).*

14 L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN BALLESTEROS. *Instituciones de Derecho Civil.* Vol. II. Derecho de Familia. Madrid, 1998. Edit. Tecnos, pág. 195.

15 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia.* Madrid, 1996. Edit. Rialp, pág. 24.

resto de legislación en derecho de familia determina la igualdad entre hombres y mujeres; en concreto ha sido dictada legislación al respecto: Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[16], cuya exposición de motivos alegando nuestra CE (art. 14 y art. 9)[17], expone que la igualdad entre hombres y mujeres es un principio jurídico universal.

5.1. LA PATRIA POTESTAD

Podemos comenzar aduciendo la necesidad de regular las relaciones paterno-filiales y en su consecuencia, los derechos del niño en la familia. Así, por tanto, es necesario referirse al concepto de filiación, entre cuyos significados se encuentra el de procedencia de los hijos respecto a sus padres y por lo común la relación que existe entre ellos, caracterizada por la concurrencia de una serie de derechos y deberes recíprocos e interrelacionados entre sí.

5.1.1. La filiación

No obstante debo indicar que el concepto de filiación es un concepto genérico, puesto que como he expuesto en la introducción, derivado de los cambios sociales en cuanto al concepto de las relaciones, el concepto de familia y el propio sistema social, habría que extender dicho concepto a otras situaciones[18] (técni-

16 Ultima reforma realizada por la Ley 9/2009 de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento adopción o acogida.

17 Art. 14 CE que proclama el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo. Y el art. 9.2 CE que consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

18 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1608.

cas de reproducción asistida[19], madre-padre soltero adoptante). Quiero referirme con ello a que dicho concepto no solo depende de la procreación o generación por un hombre y una mujer[20], debido a los cambios indicados sobre familia y sociedad. De hecho constituye ya una distinción admitida la «filiación biológica» y la «filiación jurídica»[21].

Se considera que este derecho es una de las materias que más alteraciones ha experimentado por lo que acabo de exponer, siendo unas de las cuestiones más preocupantes en los últimos tiempos[22], entre otras, la búsqueda de terminología no discriminatoria, en relación al principio de igualdad (filiación matrimonial y la extramatrimonial y, por supuesto la adoptiva[23]), todo lo que se debe relacionar con la legislación al respecto[24].

---

19 I. LAZÁRO GONZÁLEZ. *Los menores en el Derecho español*. Madrid, 2002. Edit. Tecnos, pág. 150.

20 J.L. LACRUZ BERDEJO. Edición revisada por J. RAMS ALBESA. *Elementos de Derecho Civil. T. IV, Familia.* Madrid, 2008. Edit. Dykinson, pág.308.

21 El artículo 108 del CC establece: *La filiación puede tener lugar por naturaleza o adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código Civil.*

22 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho de familia. Vol. II. Tomo V. Relaciones paterno-filiales y tutelares.* Revisada por G. GARCÍA CANTERO; Madrid, 1995. Décima edición. Edit. REUS, pág. 21.

23 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 89.

24 Esta legislación se encuentra sustentada en el principio de la verdad biológica de las relaciones familiares de modo que el hijo, tenga la determinación de la filiación que por naturaleza le corresponda, ello en relación con el principio de igualdad que justifica la equiparación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial y, por supuesto la adoptiva disfrutará tanto de los beneficios de la patria potestad como de los derechos sucesorios o de la nacionalidad. Se debe tener en consideración, el art. 110 CC que indica: «*el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*». Este régimen de alimentos no es el más restringido del art. 142 CC de deuda alimenticia entre parientes, sino el derivado del Art. 154 (patria potestad). Es un deber que impone el legislador independientemente que la filiación esté o no determinada legalmente. Considero, no obstante, que aunque esté impuesta

La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar (un hecho determinante de la filiación jurídica es la procreación biológica[25]) momento que no coincide con la determinación legal de aquella (inscripción registral), y solo con esta constatación formal derivaron los derechos de la relación de filiación, esto es, patria potestad y solo así el titular queda investido de la representación legal a todos los efectos del menor[26].

---

en la legislación, podrá existir oposición debidamente fundada hasta que no conste una sentencia o resolución que determine que tal filiación existe.

Reitero por tanto que la obligación de alimentos al hijo no es una aplicación de la deuda alimenticia entre parientes (art. 142 y ss.) que se basan en un auxilio o necesidad justificada (estado de necesidad), sino en el concepto del art. 154 CC que comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y morales, y que son consecuencia del previo estado de relación derivada en este caso de la patria potestad. Finalmente el art. 111 CC, indica «*quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias el progenitor: 1º.– Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2º.– Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos casos el hijo, no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.*» No obstante en su ultimo párrafo queda constatado: *Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.*

25 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.,* pág. 313.

26 Sobre lo que determina a su respecto la legislación: En cuanto a la determinación y prueba de la filiación, en un sentido estricto, el hecho biológico de la generación sería la fuente de la relación jurídica de la filiación y es el que la determinaría. Pero ese hecho biológico no puede ser constatado por sí mismo y de ahí que el Derecho establezca los presupuestos de hecho a los cuales liga los efectos de la filiación. Así por ejemplo el matrimonio para la filiación matrimonial o el reconocimiento para la no matrimonial. En el primer caso porque presupone el hecho natural de que el hijo ha sido engendrado por los cónyuges; en este caso es evidente que el hecho determinante de la filiación jurídica es la procreación biológica y en el segundo porque la declaración del reconocedor revela el hecho biológico de la procreación.

Así el art. 112 CC dice que «*la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz por su representante legal, antes de que*

Debido a la gran trascendencia jurídica y social de la filiación, ha sido siempre cuestión de preocupación proveer de una prueba de demostración de la misma[27]. Parece que esta exce-

la filiación hubiere sido determinada.» En consecuencia, dicta el citado precepto una retroactividad de efectos al momento en que la filiación tuvo lugar, respetando los efectos que se produjeron desde la procreación y nacimiento y antes de la determinación legal de la filiación. El párrafo segundo, ratifica la validez de quien actúa en representación del menor, a quien después se le atribuirá una determinación de la filiación distinta.

En otro orden de consideraciones, dice el art. 113 CC, que «*la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial, y a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria*».

27 La legislación al respecto sobre la prueba se basa: En primer lugar por la inscripción del nacimiento en el registro Civil, que es realmente el título de legitimación por excelencia, y que como dice el art. 41 L.R.C. hace fe de la «filiación del inscrito». En segundo lugar el documento o sentencia que determina legalmente dicha filiación. Es decir para el caso de la filiación matrimonial habrá que remitirse al art. 115, y en su ordinal segundo, vemos que además de la determinación a través de la inscripción, otro título de la atribución es la sentencia judicial. En el caso de filiación no matrimonial, el art. 120 CC vemos que son títulos de atribución, el testamento y el documento público; así como la resolución recaída en el expediente. La filiación determinada en virtud de sentencia es inamovible, no puede refutarse la veracidad de la resolución que produce los efectos de cosa juzgada (art. 134.2 CC).

Por otra parte, el art. 113 CC nos cita la presunción de paternidad, aunque en realidad no es un título de legitimación, y no acredita ella sola la filiación, sino que precisa de la constancia de la matrimonio. Finalmente el indicado art. 113 dice que «*a falta de los medios anteriores, la posesión de estado*». Parece que el legislador, cuando en las relaciones familiares se de la constante posesión de estado, la acción, más que de reclamación, es declarativa; así pues, existiendo un título de legitimación que acredita y prueba la filiación, la declaración judicial es coincidente con un precedente título de legitimación, que es la posesión de estado, esta determinación significa la constatación jurídica por los medios que se estimen oportunos por el ordenamiento jurídico, del hecho biológico de la procreación. En este sentido es taxativo el párrafo primero del art. 131: «Cualquier persona tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado».

La legislación sobre registro civil ha sufrido modificaciones debido a los cambios sociales, en concreto reciente modificación: Instrucción de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *BOE* núm. 188 de 8 agosto 2023 sobre

siva legitimación atenta a la estabilidad que debe caracterizar al estado civil de las personas; es obvio que este interés legítimo actual lo tendrá el hijo y el presunto progenitor, se trata de una situación fáctica[28], según queda también referenciado en la legislación[29]. Una breve referencia, en cuanto a la presunción de paternidad, si los hijos han sido concebidos y nacidos durante el matrimonio[30], actúa *ex lege*, beneficiando al hijo con un *favor iuris* de patrimonialidad[31].

---

la obligatoriedad de que figure en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, el fallecimiento ocurrido con posterioridad a los seis primeros meses de gestación y antes del nacimiento, pudiendo los progenitores otorgar un nombre. Esta disposición adicional cuarta dispone que este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida.

28 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 316.

29 Y continuando con la referencia sobre legislación: En cambio si no hay posesión de estado en las relaciones familiares se limita el círculo de los legitimados, al padre, madre, hijo en la relación matrimonial (art. 132) y en el supuesto de relación no matrimonial (art. 133) solo al hijo. El art. 115 CC determina que «*la filiación matrimonial materna y paterna, quedará determinada legalmente: 1º.– Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2º.– Por sentencia firme*». La determinación de la filiación, puede ser: a) Judicial, por sentencia firme (art. 115-2), resultante del ejercicio del una acción de esta clase, es decir recaída en un proceso civil y/o penal. En el primer caso es la recaída tras el ejercicio de una acción de reclamación de filiación matrimonial (arts. 132-134). Y en el segundo caso, la declaración de filiación es pronunciamiento accesorio de la condena penal condenatoria (art. 114 LEC). b) Extrajudicial, mediante la inscripción del nacimiento, completada con la inscripción del matrimonio, resultando en vigor la presunción de paternidad del marido de la madre.

30 M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Op. cit.*, pág.203.

31 Según concreta la indicada legislación CC, si el hijo ha nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, como su concepción se ha originado antes y el nacimiento ha tenido lugar durante el matrimonio, también está amparado por la presunción de paternidad, pero el marido puede desconocer mediante declaración auténtica aquella, sin que a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior (art. 111) puedan la madre o el hijo justificar la paternidad del esposo de aquella (art. 117). Actualmente el hijo nacido más allá de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges no está amparado en la presunción de paternidad (art. 116 CC) si bien cabe a los legitimados en el ejercicio la acción de justificar la condición de hijo matrimonial mediante la aportación de cualquier prueba que evidencia la filiación matrimonial del hijo (art. 127).

Es indudable que uno de los principios rectores de nuestra reforma de filiación es la verdad biológica, desarrollo del mandato constituyente (art. 39.2), que indica *«la ley posibilitará la investigación de la paternidad»* Para la determinación[32] de la filiación, un aspecto fundamental en nuestro articulado sobre ello es sin duda la libertad probatoria en los procesos de paternidad, donde también la discrecionalidad judicial juega un papel importante[33]. También debe tenerse en cuenta la voluntad y consentimiento de las partes[34], para la indicada inscripción[35]. Y así a este respecto se debe indicar: Inscripción en el Registro Civil[36], constituyendo documento público que da fe del hecho inmediato que refleja la actuación del encargado del Registro Civil.

En cuanto a la determinación de la filiación no matrimonial, en referencia a la legislación[37], y en concreto el art. 120-1º consi-

---

32 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1631.

33 Reflejo de este artículo 127 CC: *no se aceptará la demanda si no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde,* aunque ello tiene que relacionarse con el art. 135 CC *aunque no haya prueba directa de la generación o del parto podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo*.

34 M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Op. cit.*, *Tomo I*, pág.227.

35 Según el art. 118 CC, *aún faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.* No se fija un plazo para la formulación de estos consentimientos, por tanto podrán prestarse antes de proceder a la inscripción de nacimiento, se practique ésta dentro o fuera de plazo. Asimismo también se trata la filiación matrimonial sobrevenida, indicando el art. 119 CC que *la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuanto éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente.* Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido.

36 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1659.

37 En relación con la determinación de la filiación no matrimonial, como consta en el art. 120 y ss CC: habrá que consignar en la inscripción del matrimonio, entre otras

dera al *reconocimiento*[38]como uno de los modos de determinación la filiación extramatrimonial, a los efectos de poder inscribirse en el Registro Civil, según la legislación al respecto[39].

---

circunstancias, la de los nombres de los hijos extramatrimoniales, que por el matrimonio obtengan la calificación de matrimoniales y que los contrayentes hayan manifestado haber tenido. Anotación al margen del acta de nacimiento del hijo «matrimonializado». En cuanto a otros datos que se deben tener en cuenta: – Celebración del matrimonio. Naturalmente que este matrimonio ha de ser válido; sin embargo en nuestro derecho en la hipótesis de que el matrimonio llegue después a anularse se producirá respecto de los hijos los efectos de la matrimonialización, en virtud de lo determinado en el art. 79 CC; – Requisitos. En primer lugar que el hijo nada nacido antes del matrimonio posterior de los progenitores; aunque después hubiese fallecido; – Efectos, ¿cuál es el momento en que se producen? La matrimonialidad sobrevenida surte sus efectos desde la fecha del matrimonio. Por otra parte, los efectos retroactivos de esta filiación no tienen lugar desde el nacimiento del hijo, con diferencia de lo establecido en el art. 112, sino desde la fecha del matrimonio de los progenitores.

38 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1651.

39 El reconocimiento puede ser voluntario por declaración ante el encargado del registro civil (art. 120.1 CC): Cuando el hijo es mayor de edad, la forma más sencilla de reconocimiento es la que se realiza por declaración de quien reconoce afirmando la paternidad o maternidad, y la del reconocido aceptando el reconocimiento formuladas por uno y otro, conjunta o separadamente, ante el encargado del registro civil. Se considera este concepto de reconocimiento como una manifestación de paternidad o maternidad formulada a través de la palabra o de la conducta (reconocimiento expreso o tácito). No hay duda que el CC lo regula como medio de atribuir a los hijos que nacen en determinadas circunstancia un estado de filiación. La actual discusión acerca de su naturaleza ha de resolverse a base de estimar que no es un simple medio de prueba, pero nos parece que también es un negocio jurídico en el sentido de que su objeto sea materia susceptible de negociación. En cuanto a la naturaleza jurídica del reconocimiento, es una manifestación de paternidad o de maternidad, formulada a través de la palabra o de la conducta. Este reconocimiento admite dos modalidades a las que hace referencia la doctrina con las expresiones reconocimiento-confesión, y reconocimiento-admisión. Se habla de *reconocimiento-confesión*, cuando basta para establecer la filiación la convicción o creencia de paternidad, en algún modo exteriorizada por el varón. Y con *reconocimiento-admisión,* se hace referencia a la modalidad en la que sólo se establece la filiación cuando consta la decisión o voluntad de tener al nacido por hijo y de cumplir respecto del mismo los deberes correspondientes. Debo no obstante añadir, que la cuestión de la prueba de la filiación se plantea cuando se debe demostrar una filiación no determinada pero el sistema procesal actual parte de una amplia capacidad probatoria y así indica el

Como he expuesto, nos encontramos normalmente con la misma situación en cuanto a cónyuge o pareja, o relación familiar no matrimonial[40] e inexistencia de la posesión de estado, a tenor de la legislación[41]. La legitimación para entablar la acción por parte

---

art. *767.2 LEC* que *«en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad con toda clase de pruebas incluidas las biológicas»*. En la inscripción ordinaria del nacimiento de los hijos matrimoniales puede formularse por cualquier persona que tenga conocimiento del nacimiento y que realice tal declaración acompañando el correspondiente parte médico con las circunstancia personales. Este régimen de liberalidad quiebra tratándose de hijos extramatrimoniales, en las que procede distinguir: – La filiación paterna, debe derivar necesariamente de declaración formulada por el propio padre ante el encargado del registro; – En cambio la filiación extramatrimonial materna, puede constar por declaración de cualquier persona que señale la identidad de la madre en concordancia con el parte médico. La filiación materna no matrimonial quedará determinada legalmente cuando se haga constar dicha filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo de acuerdo con la Ley del Registro Civil. Desarrollando la norma general del art. 120 CC podemos resumir el reconocimiento voluntario a través de los siguientes títulos de atribución: a) Mediante simple declaración hecha al tiempo de practicarse la inscripción ordinaria de nacimiento o dentro del plazo legal para practicarla. b) En testamento, mediante cláusula expresa de reconocimiento. c) En documento público. d) Mediante declaración emitida en cualquier tiempo ante el encargado del registro civil. En conclusión, si en las relaciones familiares se disfruta de la posesión de estado, entonces se dificultará la determinación legal de la filiación que se pretende declarar, si resulta acreditara otra contradictoria, por ejemplo, posesión de estado (art. 113.2/134.1Cc). En tal sentido, podemos exponer las situaciones siguientes: Relación familiar y carencia de posesión de estado: En esta cuestión es revelador el art. 137. *«Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos»*.

40 YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS, M. *Op. cit.*, pág. 248.

41 El art. 140.1 determina que cuando falta en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial, podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique. De su tenor literal se deduce que está legitimada cualquier persona, siempre que el interés sea actual y de presente. Relación familiar matrimonial y posesión de estado: El art. 137.2 indica que el ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre que ostenta la patria potestad o al Ministerio Fiscal. Relación familiar extramatrimonial y posesión de estado: El art. 140.2 determina que «cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparezca como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar

afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente». La posesión de estado comporta una sólida y efectiva integración en la relación familiar, en tal sentido hay que proteger dicha situación cuando encuentra su refrendo en la constancia registral. La falta de medios que alude el anterior artículo, es referida a la falta de inscripción (art. 115 y 120-2º y 4º CC), cuando no hubiera documento o sentencia (art. 115-2 y 120-3 CC); si bien habrá que instar previa o simultáneamente la inscripción omitida o la reconstitución del asiento. Y como dice el párrafo segundo del art. 113 CC, «no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». Es decir que no puede entablarse una reclamación de la filiación que fuera contradictoria con los que revelan los títulos del art. 113 sin que previa o simultáneamente se entable demanda de impugnación del título de legitimación contradictorio, lo cual corrobora la regla registral «no podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro Civil, sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente y que asimismo la inexactitud del Registro es una cuestión prejudicial de necesaria Resolución previa. La filiación solo queda determinada legalmente con la inscripción». Y para concluir al respecto del título probatorio sobre que conste la posesión de estado, por su específica determinación necesita probarse, no basta alegar la situación de hecho. Es un título que atribuye el estado civil que necesita ser homologado, cuando aquél es declarado por una resolución judicial. En cuanto a la rectificación de los asientos registrales, dice el art. 114 CC que «los asientos de filiación podrán ser rectificados conforme a la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación. Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados» Las inscripciones solo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario (art. 92 L.R.C.) Esta regla se confirma con mayor vigor para los casos en que la rectificación implica contradicción del estado de filiación que prueba el registro (art. 50 L.R.C., art. 113-II y 114-1 CC). En cuanto a la rectificación de asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declara probados, como dice el art. 293 R.R.C. las inscripciones no pueden rectificase en virtud de sentencias recaídas en proceso penal; no obstante en cuanto sean contradictorias con los hechos que la sentencia declara probados, serán rectificadas mediante expediente gubernativo, luego el titulo de la rectificación no es la sentencia penal sino la resolución recaída en el expediente gubernativo. Como consecuencia de la filiación, nace entre los progenitores y el hijo, una relación jurídica paterno-filial. Durante el periodo de minoría de edad del hijo (en casos concretos que expondremos también posteriormente) y hasta que tiene lugar su emancipación, el Derecho concede a los padres por el hecho de serlo un conjunto de facultades dirigidas a proteger a sus hijos, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, y a promover su desarrollo físico e intelectual, conjunto que integra lo que se conoce con el nombre de patria potestad. En el caso de que los padres finalicen su relación de pareja (separación, divorcio, nulidad) y por tanto de convivencia (hemos comentado en la introducción la cuestión de las parejas estables no casadas),

de la madre y el ministerio fiscal, es en interés del hijo menor o incapaz[42]. En este sentido, en cuanto a las relaciones paterno-filiales, nos encontramos con la patria potestad[43] (la cual he comentado en anterior párrafo) y con la llamada guardia y custodia.

La diferencia de estos conceptos, radica en que según define el art. 154 CC «*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes derechos y facultades: 1º.– Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º.– Representarlos y administrar sus bienes.* Y en cuanto a los hijos, añade el art. 155: *los hijos deben: 1º.– Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2º– Contribuir equitativamente según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella»*[44].

---

deberán establecerse unas medidas en relación a los hijos, estas medidas quedaron ya establecidas desde la primera regulación de nuestros legisladores con la primera ley que establecía la separación y divorcio, fijándose así los art. 92, 93 y 94 CC dirigiéndose a intentar que la sentencia de separación, divorcio o nulidad produzca el menor daño posible, y que en su nueva situación los hijos queden en la forma que sea más conveniente con sus propios intereses, es decir el principio del «favor filii».

42 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *Op. cit.*, pág. 1653.

43 F. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE. *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.* 2011. Edit. Thomsom Reuters Aranzadi, pág. 48.

44 Dado mi ejercicio profesional en Aragón, adelanto aquí que en el CDFA nos encontramos ante la Autoridad Familiar: Artículo 65 de dicho CDFA. Contenido.: 1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas.; b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades.; c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.; d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.; 2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos.

Continuando con ello por tanto procede indicar que el Titulo VII del Libro I del Código Civil, regulas las relaciones paterno-filiales. Se establecen los principios básicos sobre los derechos de los menores y sus progenitores. Conforme al art. 154 es una función atribuida a ambos progenitores. En el caso de que la filiación se hubiera fijado sólo respecto de unos de los progenitores, se atribuirá a éste.

5.1.2. Antecedentes. La patria potestad en el Derecho Romano

La patria potestad romana implicaba un poder ilimitado para el padre que la ejercía[45], si bien es cierto que, de forma temprana el derecho evoluciona a favor de los hijos. En su consecuencia, era una institución del derecho civil, que significó el poder del jefe de familia (pacer) varón vivo más antiguo de la familia, por vía masculina, que importaba un conjunto de derechos sobre la persona y bienes de los *filia*[46], con pocas obligaciones. Dicho poder ilimitado se manifestaba tanto en las facultades que le correspondían como en la duración de la patria potestad, siendo el eje del derecho de familia[47] La patria potestad se caracteriza por su perpetuidad: mientras vive el padre, si no hay acto de extinción de la potestad, los sometidos permanecen jurídica-

45 F. LLEDÓ YAGÜE. *Compendio de Derecho de Familia*. Madrid, 1999. Edit. Dykinson, pág. 311.

46 F. BETANCOURT SERNA. *Derecho romano clásico*. Sevilla. 2010, pág. 350. Edit Universidad de Sevilla. Manuales Universitarios .Pág. 309. *Se entendía por filia no solo los hijos del pacer sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad. Sólo podía ejercerla un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano. En efecto, en el orden personal, el padre puede abandonar el hijo como si fuera un esclavo o un bien, puede venderlo y recuperarlo, y puede asimismo infligirle toda clase de castigos personales, incluso la muerte. Patrimonialmente, el hijo no poseía nada, sus pertenencias correspondían al padre, por lo que el hijo no tenía nada propio. Y este poder del padre, era así durante toda la vida del hijo, la patria potestad romana, no se extinguía al madurar el hijo, aunque este se hubiera casado, y tuviera a su vez hijos.*

47 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 399.

mente incapaces[48]. Es un poder absoluto, solamente limitado originariamente por la costumbre y más tarde por la ley institucional, en el sentido de que la autonomía de gobierno que supone no es personal sino funcional. Sin embargo este poder ilimitado, fue sufriendo restricciones[49]. Por tanto ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como hemos expuesto que se concebía en el derecho romano primitivo y en la redacción original de nuestro Código Civil, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la ley impone a los padres.

Posteriormente a ello, como se indica, se han ido restringiendo los poderes a favor del beneficio del hijo. Con la reforma del 1981 del CC, se suprimió uno de los derechos que tradicionalmente se atribuía a los padres ejercientes de la patria potestad, era el denominado «usufructo paterno». El fundamento legal que sostenía el denominado usufructo legal hacía referencia a la compensación a los progenitores por la asistencia prestada a sus hijos y a la necesidad de atender al interés familiar. En la actualidad se considera poco coherente con la idea de protección y tutela del interés del menor, ya que se ha de conceder prioridad al beneficio del hijo, aunque la contribución a las cargas de la familia constituye un principio plenamente vigente en la sociedad actual, como se expondrá en siguientes apartados.

---

48 Termino ahora modificado por 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*. *BOE* núm. 132 de 03/06/2021.

49 L. RODOLFO ARGÜELLO. *Manual de derecho romano. Historia e Instituciones*. Buenos Aires. 1998. Edit. Astrea, pág. 79. Así fue en la época del Derecho justinianeo, cuando de forma definitiva, se atenuó el poder del padre, y se dulcificó la institución en beneficio de los hijos, bien es verdad que ya en la época de Constantino se habían realizado esfuerzos en este sentido, limitando las facultades del padre.

5.1.3. Concepto y Fundamento

La relación paterno-filial se caracteriza por los deberes de asistencia y protección que corresponden a los padres en relación a los hijos, al tiempo que se fundamenta en un principio de autoridad de los padres. También se puede exponer como que se indentifica por los indicados deberes de protección y asistencia que necesitan como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres que recibe tradicionalmente el nombre de patria potestad[50]. La patria potestad es un sistema de protección, cuidado, asistencia, educación[51]. La podemos definir como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos, pero teniendo en cuenta que no se ejercita en interés del padre, sino en beneficio del hijo[52]. Los elementos personales de la patria potestad son, a tenor del artículo 154 CC, los hijos que están bajo la potestad y los padres a quienes corresponde su ejercicio.

Respecto a los padres, el art. 156 CC establece que la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Este mismo precepto dicta reglas para el ejercicio de la misma en caso de desacuerdo o de separación de los padres.

La patria potestad puede entenderse como el conjunto de derechos y deberes, esto es como función dual[53], que corresponde

---

50 J. CASTÁN TOBEÑAS. Revisada por G. GARCÍA CANTERO. *Relaciones paterno-filiales y tutelares. D. de familia. Vol. II. Tomo V*. Madrid, 1995. Décima edición. Edit. REUS.

51 Anteriormente, era un medio de suplir la incapacidad, la patria potestad se prorrogaba por ministerio de la ley al llegar a la mayoría de edad (anterior art. 171 CC ahora suprimido), estos casos eran conocidos como patria potestad prorrogada. Modificado el CC por ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma le legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

52 L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN. *Op. cit.*, pág. 191.

53 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 402. Están sujetos a patria potestad los hijos por naturaleza o adopción no emancipados. Aunque existen algunos supuestos de sometimiento a patria potestad de hijos mayores de edad (casos de incapacitación).

a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole. El fundamento de la patria potestad es de derecho natural, y tiene su origen en el poder paterno. En efecto, la misma es una institución natural que no necesita del Derecho positivo para actuarse.

El ejercicio de esta debe estar basado siempre en el *«favor filii»*. En algunos supuestos existen conflictos de intereses y deben resolver los tribunales lo más acorde en beneficio del menor. El incumplimiento de los deberes establecidos en el precepto citado anteriormente puede dar lugar a la privación de la patria potestad. El Código Civil no sólo establece obligaciones para los progenitores ejercientes de la patria potestad sino también para el sometimiento a ella. Así en el art. 155 impone a los hijos el deber de obedecer a sus padres y de contribuir equitativamente al levantamiento de las cargas familiares.

Por regla general la patria potestad se ejercita por ambos progenitores. Se considera que es una función familiar que se desarrolla exclusivamente entre procreantes y procreados[54]. Conforme el art. 157, el menor emancipado puede ser titular de la indicada patria potestad de sus hijos, que la ejercerá con la asistencia de sus padres o de su tutor. En caso de discrepancias de éste con sus padres sobre el ejercicio, resolverá el Juez lo más adecuado para el menor sometido a patria potestad. Como indi-

---

Supone que es necesario el consentimiento de ambos progenitores para cuestiones afectantes a los hijos. Uno de los progenitores puede dar el consentimiento general a favor de otro pero conserva sus obligaciones y la facultad de actuar por sí mismo si las circunstancias lo requieren. En caso de discrepancia sobre el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los progenitores puede acudir al Juez para que resuelva lo pertinente dando a cada uno de ellos la facultad de decidir.

54 G. GARCÍA CANTERO. *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley 21 Noviembre 2003*. Madrid, 2004. Edit. Civitas, pág. 34.

caba anteriormente el principio por el que se rige el ejercicio de la misma es el de *«favor filii»;* para ello se establecen en el art. 158 las medidas que se pueden adoptar por la autoridad judicial[55] para asegurar alimentos a los hijos y evitarles perturbaciones dañosas en cambio de titularidad de la patria potestad. Una de las funciones, que exponía anteriormente,es la representación de los hijos menores. Los representantes por lo general son el padre y la madre, pero si alguno de ellos está privado de la patria potestad, el otro ejercerá la representación.

Debo tratar en este apartado la cuestión principal, que es la situación del menor en las situaciones de crisis familiar, y por tanto las consecuencias que tiene para las relaciones entre padres e hijos la ruptura de la relación de pareja de los progenitores cuando tal quiebra implica la ausencia de convivencia de ambos padres con los menores. Se debe tener en cuenta que los derechos y obligaciones entre padres e hijos, son las mismas sea cual sea la situación legal de la relación de pareja de los progenitores y siguen existiendo aunque los padres no convivan con los hijos. La función tuitiva que la ley impone deriva del hecho de la paternidad y la maternidad. Para que sea necesaria la adopción de medidas respecto de los hijos, debe existir un elemento determinante, que es la ruptura de la comunidad de vida entre los progenitores, la cual debe ser continuada, y por tanto surge la necesidad de protección que ha de dispensarse a los menores de edad, dado que como hemos indicado se produce una crisis familiar, que conlleva unan situación de crisis personal. Expongo con esto que si los progenitores no tratan dicha situación con extremada cautela y delicadeza pueden producirse graves conflictos, esto es enfrentamiento entre ellos, lo que puede provocar

55 Por tanto a tenor del Art. 158 CC. El juez puede actuar de oficio, a instancia del propio menor, un familiar, o del ministerio fiscal, y pueden adoptarse en un procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria.

que finalmente recaigan las tensiones contra los menores que son los más indefensos[56]. Es determinado por el CC que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, comprendiendo deberes y facultades (ver art. 154 CC). Al respecto del análisis que nos ocupa el párrafo final de dicho artículo determina que los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad.

Actualmente por supuesto, sigue siendo estudiada y tratada, pero sobre todo como indicamos, el interés prevalente del menor, por lo que incluso el Ministerio de Justicia[57], en su área de menores, trata esta institución.

5.1.4. Naturaleza y caracteres de la patria potestad

La patria potestad es la institución natural de protección y guarda de la persona y bienes del menor, que como se indica en el CC impone a sus titulares un conjunto de deberes y facultades sobre los hijos menores, que se han de ejercer siempre en beneficio del hijo[58] y de acuerdo con su personalidad, encontrándose entre

---

56 I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores en Derecho español*. Madrid, 2002. Edit Tecnos, pág. 215. La autora referencia a ORTEGA LLORCA, indicando textualmente: «*cuando el conflicto se produce por el enfrentamiento de dos miembros del mismo núcleo, cuando la solidaridad se sustituye por el egoísmo, no es extraño que los individuos enfrentados tiendan a descargar sus tensiones en los demás elementos de l familia, sobre todo en los más cercanos e indefensos, a los que, unas veces se les quiere atraer a la propia causa para enfrentarlo al contrario; otras, se les responsabiliza de se el origen del mal, y en no pocas, se les hace objeto de violencia físicas o morales sin cuento*».

57 Información oficial del Gobierno de España, Ministerio de Justicia, Presidencia y Relaciones con las Cortes: Áreas temáticas: Área de menores. Fiscalía de menores. Web: www.mjusticia.gob.es (fecha entrada pagina web 26 diciembre 2023).

58 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 411. Es la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, con un contenido de deberes y facultades más amplio que la tutela, y que impone a los padres el deber de

tales deberes los de cuidado y compañía, el de alimentos en su más amplio sentido, esto es sostenimiento, educación, formación y desarrollo, así como facultades de representación del menor y de administración de sus bienes. Por tanto la patria potestad ostenta una combinación de derechos personalísimos, para cumplir con unos deberes que buscan el bien del menor. En general es básicamente irrenunciable pero se podría admitir su renuncia cuando no se atente contra el interés del menor —si va a ser sometido a tutela por ejemplo— debido a un imposible o mal ejercicio de ese deber.

Es primordial atender los requerimientos y atención que exige la adecuada educación del menor, es decir, no únicamente los deberes de alimentos o compañía, sino de su educación y lo que podemos denominar «control» de actitudes, acciones, comportamiento u obligaciones docentes por lo que se ve en peligro el futuro del mismo y su formación integral. En general el ya reiterado beneficio del hijo[59] como interés prevalente (art. 154.1 CC). La minoría de edad es un estado civil que se caracteriza por sumisión y dependencia de la persona que ostenta la patria potestad (o la tutela)[60]. Y ello porque al menor se le considera incapaz de gobernarse por si mismo, siendo sus representantes legales los que actúan por él. Pero ello no significa que el menor vea anulada toda su capacidad en virtud de esa sumisión y dependencia, el ordenamiento jurídico le reconoce un amplio campo de actuación con el correspondiente poder y responsabi-

---

asistencia de todo orden a los mismos. Deber que tiene su origen en el propio Derecho Natural y que viene expresamente establecido por la Constitución. La patria potestad, como valor trascendente dentro de la institución familiar, debe entenderse no desde una simple perspectiva natural, sino desde un ejercicio que realice los valores trascendentes esenciales e insertos en los deberes que la misma comporta y dentro de un orden normal de valores culturales, ello orientado siempre en beneficio de los hijos.

59 G.DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1822.

60 L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN. *Instituciones de derecho civil. Introducción. Parte general. Derecho de la persona. Vol.* I. Madrid, 1998. Edit. Tecnos, pág. 137.

lidad, pues es evidente que su dignidad como persona exige que no sea sustituido por sus representantes legales.

Nuestra Constitución en su artículo 39 consagra tanto la protección de la familia como a la infancia, por lo que debe prevalecer la idea de convivencia directa de los padres con los hijos de modo que sólo cuando los deberes inherentes a la patria potestad se encuentren gravemente incumplidos o cuando sea imposible su cumplimiento, puede acudirse al medio que estamos tratando en concreto, pero aún en estos casos es necesario que los hijos se relacionen con los padres.

La patria potestad de la prole, actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad, y tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución a favor de los hijos, con su vertiente obligatoria de derecho-función, determinando que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Efectivamente es un efecto legal propio de toda relación paterno/materno filial, de tal modo que una vez que, por alguno de los medios legalmente establecidos, queda determinada la filiación, la patria potestad corresponde automáticamente «ex lege», al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación. Es un conjunto de derechos y deberes que la Ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de sus propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad; pues constitucionalmente se impone a lo padres y a los poderes públicos el deber de dispensar de una protección especial a quienes por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno.

Debe recordarse que actualmente no se considera como un poder de los progenitores, sino que se concibe como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los padres y que está en función de la protección, educación y formación integral de los hijos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, cuyo contenido está integrado por deberes más que por derechos. La patria potestad como valor trascendente dentro de la institución familiar, debe entenderse no solo desde una simple perspectiva biológica o natural, sino también desde el concepto o contenido ético, que en definitiva, explica, justifica y realiza la coherencia entre biología y los sentimientos naturalmente derivados de la misma, y ello orientado siempre, tal como se indica, a favor y beneficio de los hijos. Como regla general se ha considerado que el ejercicio de la misma será conjunto[61] según queda determinado en el art. 156.1 CC Conviene advertir que, por otro lado, se trata de una institución de Derecho Civil, que si bien se encuentra sujeta a una cierta intervención del Derecho Público, no puede ni debe salir de la esfera del Derecho Privado.

La finalidad que reitero, al respecto de que la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, es un fin común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, incluidas la guarda y custodia.

El conjunto de facultades y deberes que la ley otorga a ambos padres, tienen por objeto favorecer el desarrollo del menor hasta que pueda regirse por sí mismo, normalmente hasta que cumple

61 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1832. Dos aspectos pueden diferenciarse claramente en la patria potestad: por un lado, si se contemplan las relaciones internas paterno-filiales, los padres ostentan sobre los hijos un deber; pero, por otro lado, en las relaciones externas, resulta ser un derecho subjetivo de los padres. Así, si bien en la esfera de las relaciones internas se contempla como un deber o función paren tal, no siempre ha sido así, según hemos expuesto en anterior apartado en el Derecho Romano.

la mayoría de edad. Este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio. En este sentido, dejo indicado lo que determina, el art. 94 del CC, establece que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, gozará el derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Este precepto deja a voluntad del Juez, el ejercicio de este derecho de visitas, que habrá de resolverse siempre de acuerdo con el interés del hijo en todo caso. Quedará ello ampliado en apartado posterior.

Debo indicar en este sentido que se concibe como una función al servicio del hijo[62], dirigida a prestarle la asistencia de todo orden (a la cual se refiere el artículo 39 de la CE).

De los mentados artículos del CC cabe colegir que cuando la titularidad de la patria potestad corresponde al padre y a la madre, ambos deben ejercer su contenido de manera conjunta, teniendo siempre que oír a sus hijos (si tuvieren suficiente juicio) en las decisiones que les afecten. El que los padres, por el hecho de serlo, tengan atribuido un amplio conjunto de derechos o facultades no significa que el ordenamiento jurídico les sitúe en una posición de poder absoluto respecto de sus hijos puesto que debe tenerse en cuenta el principio general de prevalencia del interés superior del niño. El CC fija el punto de partida de su regulación cuando la titularidad y ejercicio es conjunto, pero puede haber excepciones:

a) Supuestos en que la titularidad y ejercicio corresponden a ambos padres pero en los que sólo uno de ellos actúa: dentro de este podemos decir que existen diferentes casos: – Consentimiento expreso del progenitor que no actúa: Cuando uno de los titulares presta su consentimiento y además deja constancia

62 J. IVARS RUIZ. *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. Valencia, 2007. Edit Tirant lo Blanch, pág. 25.

del acto en particular para el que la da. Este caso no daría problemas. Los que sí plantean son aquellos en los que el consentimiento otorgado se ha ofrecido con carácter previo y para la realización de cualquier tipo de acto, ya que podría significar que se ha renunciado a los deberes correspondientes; – Consentimiento tácito del progenitor que no actúa: Se deduce por la vía del razonamiento lógico de los actos o conducta del progenitor no actuante, de la reiteración de un mismo acto por un progenitor sin la oposición del otro[63]; – Supuestos en los que hay conformidad al uso social y a las circunstancias: cuando al amparo de la conformidad con el uso social y las circunstancias se permite la actuación de un progenitor sin necesidad de contar con el otro; – Situación de urgente necesidad: Todas aquellas hipótesis en las que la espera en busca del consentimiento del otro progenitor para la realización del acto pueda acarrear un grave peligro para la persona y bienes del menor; – Atribución judicial de la facultad de decidir: El artículo 156 CC otorga la facultad a la autoridad judicial para decidir cual de los progenitores debe dirimir el conflicto; – Uno de los progenitores tiene frente al hijo, un interés opuesto en algún asunto: Por mandato del art. 163.2 CC, corresponde al otro progenitor por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor, ya que indica «*si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad*».

b) Supuestos en los que la titularidad de la patria potestad es dual, pero el ejercicio corresponde a uno solo de los padres: – supuestos en que los padres viven separados: De conformidad con el artículo 156.5 CC si los padres viven separados[64] se ejer-

63 I. LÁZARO GONZÁLEZ. *Op. cit*. La autora referencia en este concepto a *LACRUZ BERDEJO. Elementos de Derecho Civil…* Pág. 156.

64 F. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE. *Op. cit.,* pág. 131.

cerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo en interés del hijo el Juez podrá acordar que sea conjunta. Debemos indicar que en la práctica ocurre así en la mayor parte de los supuestos, en los que la patria potestad es conjunta aunque la custodia sea individual; – supuestos de atribución judicial del ejercicio: Según el art. 156.2, si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones; – ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres: En este caso la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

c) Supuestos en los que la titularidad de la patria potestad y su ejercicio es individual[65], correspondiendo a uno solo de los progenitores: – determinación de la filiación respecto de uno solo de los progenitores: Solo la maternidad o paternidad ha quedado determinada legalmente; – exclusión de la patria potestad: recogidos en el art. 111 CC, que en su párrafo 1 es referido a cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, y en su párrafo 2, cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición; – supuestos de adopción por una sola persona. Por tanto el único adoptante será el único titular; –la extinción de la patria potestad de uno de los padres: debido a muerte o declaración de fallecimiento de uno de los padres y aquellos de privación por sentencia.

A. Ámbito de actuación

Continuando con el concepto de patria potestad, vemos que el indicado artículo del CC hace referencia ámbitos de actua-

65 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1834.

ción, que también se denomina contenido personal[66] de la patria potestad y que podemos exponer en:

a) Ámbito personal: – el deber de velar: se trata de un concepto jurídico indeterminado, que no obstante podemos decir que implica prestar la asistencia y protección que en cada momento necesiten; – deber y derecho de tener en compañía a los hijos, esto no significa solo vivir en la misma casa (pensemos en el supuesto de padres separados), sino que entraña una comunicación afectiva e intelectual; – deber de alimentos: este es contenido propio de este concepto. Hay que diferenciar los casos de hijo menor de edad no emancipado, de aquellos otros en los que el menor sí lo está, en estos últimos se transforma en la genérica obligación de alimentos entre parientes regulada en el art. 142 y ss. CC; – deber de educar y procurar una formación integral: Su ejercicio viene delimitado por el ámbito de libertad que compete al hijo conforme a su edad, y su personalidad.

Como función: es ésta una institución en beneficio de los hijos, y que impone al padre deberes a cumplir para el desarrollo de dicha función. En el Código Civil, se concibe fundamentalmente la patria potestad como un poder de protección del padre. Así pues la patria potestad tiene un indudable carácter tutelar, ya que el derecho y el deber de cuidar de la persona y bienes del hijo, se estructura a través del ejercicio de deberes de guarda y dirección del hijo, aunque también señala para el padre derechos limitados que permiten advertir con claridad la verdadera finalidad de la institución.

b) Como derecho subjetivo: estudiada ya la patria potestad en su aspecto de deber, se aludirá ahora a otra dimensión jurídica de esta institución: la de su naturaleza de derecho subjetivo. Los deberes que legalmente se imponen al padre constituyen

66 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1838.

asimismo derechos o prerrogativas que el padre puede exigir —reclamar a sus hijos de cualquiera que de forma ilegítima les haya retenido, puede requerir para hacer efectiva su autoridad el auxilio de la autoridad gubernativa—.

En cuanto a los caracteres que definen la patria potestad[67], se relacionan:

a) La irrenunciabilidad: No cabe establecer ningún negocio jurídico por medio del cual se enajene la patria potestad, y tampoco será posible una renuncia, porque al incurriría en perjuicio del hijo, y supondría una ilegítima liberación de los deberes de tutela y protección que por ley obligan; **b)** La intransmisibilidad: Lo que no excluye la posibilidad de que el padre delegue en un tercero derechos concretos derivados de la patria potestad —el internamiento del hijo en un colegio, o valerse de terceros para la administración de los bienes del hijo— y por ultimo; **c)** La imprescriptibilidad, lo que no excluye la posible prescripción de algunas acciones o la decadencia de algunos derechos.

B. Sobre qué hijos se ejerce

Según el principio constitucional establecido en el art. 39.3 CE.: «*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad*». Lo mismo determina el indicado artículo 152 CC indicando «*los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre*»

67 J. CASTÁN TOBEÑAS. Revisada por G. GARCÍA CANTERO; *Relaciones paterno-filiales y tutelares. Tomo V. D. de familia. Vol. II*. Madrid, 1995. Décima edición. Edit. REUS, pág. 289. Por otro lado, se hace referencia a la naturaleza moral de la patria potestad, sin desconocerse el aspecto patrimonial. Se ha considerado por la doctrina el carácter temporal de la patria potestad, ya que los poderes cesan por la mayoría de edad del hijo, o por otras causas, tal como se estudiará posteriormente, pero incluso después de extinguida, determinados efectos de esta relación se mantienen —deber de respeto de los hijos y obligación recíproca de alimentos.

De ello por tanto se deduce que: a) En la filiación matrimonial, están sujetos a patria potestad de sus padres los hijos matrimoniales no emancipados; b) En la filiación no matrimonial, están sujetos a patria potestad de sus padres —o de uno de ellos— los hijos no matrimoniales no emancipados, requiriéndose que dicha filiación, se halle legalmente determinada, por cualquiera de las formas señaladas en el artículo 120 CC; c) En la filiación adoptiva, y aunque no se indica en el CC, los hijos adoptivos no emancipados están sujetos a la patria potestad de los padres adoptivos. La atribución de la patria potestad a ambos progenitores, requiere que antes se haya determinado legalmente la filiación.

C. Contenido personal de la patria potestad

Habida cuenta de la naturaleza de función social que envuelve la misma, y por tanto de sus funciones[68], ésta se presenta en un doble aspecto: por un lado, se integra de las facultades que los padres pueden ejercer frente a los hijos; pero por otro lado impone a los padres deberes jurídicos, que no admiten renuncia. Con ello, expongo lo siguiente:

a) Facultades y deberes de los padres: como he indicado anteriormente, la patria potestad se ha configurado como un deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda. Ello se encuentra reflejado en el art. 154 CC, determinando que la misma se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende deberes y facultades[69].

68 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 302.

69 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 411. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes.

La representación legal de los hijos: El artículo 162 CC establece que: Los padres que ostenten la indicada potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Aunque la misma no es absoluta, ya que se exceptúan actos relativos a la personalidad del hijo o los que pudiera realizar por el mismo, aquellos en que exista conflicto de intereses entre padre e hijo, y los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Si los hijos tuvieran suficiente juicio, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Se trata de una institución en la que se encuentran estrechamente unidos el interés del Estado y el de la familia, por lo que se hace preciso que la facultad encomendada al padre asuma un carácter social, del que deriva la naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido, no puede ser objeto de pactos privados encaminados a modificar las relaciones, atribuciones y efectos de la patria potestad y la imposibilidad de los padres de renunciar al poder que se les ha conferido.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 154.2 CC, su ejercicio se deberá realizar «en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad». Son estos por tanto, dos límites que condicionan todas las facultades que integran el contenido de la patria potestad. Es por ello que deberán ser considerados como límites de legitimación de la actuación de los padres, y como criterio esencial para el control judicial de la patria potestad, al tiempo que constituyen un elemento fundamental para valorar y delimitar la responsabilidad de los progenitores por los daños y perjuicios sufridos por los hijos. Por otro lado, el límite que representa el respeto de la personalidad del hijo, podrán plantear problemas en cuanto a su concreta aplicación en su ejercicio. En principio significa que dicho límite se impondrá con mayor

fuerza a medida que el hijo sea mayor. Asimismo el respeto a la personalidad del hijo, deberá enmarcarse dentro del respeto a la ley, las buenas costumbres y el orden público. Respecto al límite legal, además del respeto a los valores constitucionales, será precisa la consideración de los principios y derecho de «la Declaración Universal de los Derechos Humanos» y los tratados de acuerdos internacionales[70] sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10 CE).

El *deber de velar por los hijos*, establecido legalmente, ha de interpretarse como la obligación de los padres de cuidar con diligencia extrema de sus hijos, controlando aquellas personas que en las más diversas circunstancias tengan competencias sobre los hijos no emancipados. Este deber de vigilancia y control se extiende al otro progenitor, tanto en circunstancias normales como anormales, y a la familia y extraños.

El deber y la facultad de tener a los hijos en compañía se encuentra unido a la guarda y custodia de los hijos y se extiende a todos los hijos, incluidos los tenidos por uno de los cónyuges durante el matrimonio y fuera del mismo, no puede desconocerse la igualdad esencial de todos los hijos proclamada constitucionalmente (art. 14 CE). En efecto la compañía de los padres, representa una comunidad de convivencia de los hijos y padres, por lo que no es suficiente para entender cumplido este deber la proximidad física de los hijos y la convivencia bajo un mismo techo, será necesario además que exista una comunicación afectiva e intelectual[71]. Se puede recurrir al auxilio de la autoridad judicial o

70 P. MIRALLES SANGRO. «La declaración Universal de los Derechos Humanos y la Protección Internacional de los Derechos de los menores». *Rev. A Distancia*. Nº 2. 1998, pág. 119.

71 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1839. Cierto que nada impide por ejemplo que el hijo pueda ser internado en una residencia o colegio, sin que ello suponga ausencia de convivencia, claro que esta medida deberá adoptarse en beneficio del hijo

gubernativa[72] frente a cualquier tercero que desconozca la autoridad paterna.

El deber de prestar alimentos a los hijos no emancipados[73], recogido en el artículo 154.1 CC, no puede confundirse con el deber legar de alimentos entre parientes regulado en los artículos 142 y ss del CC. En estos últimos concurren el carácter de reciprocidad y la exigencia de un estado de necesidad, por lo que corresponderán a los hijos y sus progenitores a partir de la emancipación de los primeros. La obligación de alimentos respecto de los hijos no emancipados, presenta un doble aspecto: por un lado de cobertura económica, y por otro de asistencia y cuidado directo de los hijos. En el aspecto económico los alimentos son independientes del ejercicio de la patria potestad, de suerte que en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, se establece la necesidad de que los progenitores continúen prestando los mismos.

Por ello uno de los problemas suscitados en sede de procedimientos de crisis familiares, ya sea en matrimonios o en parejas de hecho en las que hay descendencia, resultan ser la actitud de los tribunales a la hora de fijar o no alimentos para los hijos mayores de edad. Por diversos motivos, bien sea por llegar a la mayoría de edad durante el proceso matrimonial, en ejecución de sentencia o incluso alcanzada tal mayoría antes de iniciarse la crisis, pero todavía estuviere sin emancipar del núcleo familiar. La problemática sobre los hijos que alcanzaban la mayoría de edad durante o después del proceso entre sus progenitores, tuvo cabida en multitud de sentencias de las diversas Audiencias

---

y de forma transitoria. Por su parte los hijos están obligados a respetar dicha facultad, por lo que no podrán abandonar el domicilio familiar o la residencia donde estuvieran internados sin el consentimiento de los progenitores.

72 J. AGUILERA RODERO. «El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad». *La ley Actualidad*. Nº 7826. 2012.

73 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1840.

resolviéndose favorablemente en el sentido de considerar que la mera llegada por el tiempo a dicha situación jurídica no era causa de la extinción de la acción que hubiera iniciado uno u otro progenitor. Actualmente, se considera por los tribunales que la obligación será hasta la independencia económica de los hijos, salvo otra acuerdo de los progenitores, que no vaya en contra del interés del menor (y por tanto aprobado por el Ministerio Fiscal).

Añadir en este punto, que en el aspecto de la asistencia personal y directa a los hijos, el deber comprende el auxilio en los términos previstos en el art. 142 CC (sustento, habitación, vestido y asistencia médica), salvo lo relativo a educación, especialmente establecido en el artículo 154 CC. Los alimentos gravan a ambos progenitores proporcionalmente a sus respectivos haberes y constituyen cargas del matrimonio, a cuya satisfacción quedan comprometidos en primer lugar los bienes gananciales o comunes.

Finalmente el *deber de educación y de procurar una formación integral,* implica necesariamente una actuación permanente e inmediata de los progenitores, y se concretará en la utilización de instituciones y centros[74] en los que se delega en determinados aspectos la formación de los hijos, y en la decisión de inculcarles unas determinadas orientaciones. El derecho a la educación no reside en el padre sino en el hijo, cuyo derecho a ser bien educado es correlativo al deber del padre a realizarlo. En consecuencia no se puede confundir derecho y deber en la función educativa de los padres se deriva de considerar a los hijos como cosa suya, cuando éstos, por su condición de persona, son esencialmente propios y libres, y sólo se pertenecen a sí. La conjugación de

74 J. OCÓN DOMINGO. «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España». *Rev. del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Nº 45. Edit. Ministerio de Trabajo e Inmigración. 2003, pág. 14.

deberes entre los padres y el entorno social educativo responde al derecho de los hijos de ser educados en sociedad y no aisladamente, pues la dimensión social natural de la persona constituye un determinante trascendente de su personalidad.

Claro que en la educación y formación de los hijos, deberá respetar la legalidad, el orden público y constitucional. En fin que el ejercicio por los progenitores de este deber deberá respetar los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente, así como las normas prohibitivas en relación con los menores de edad, garantizando siempre la enseñanza básica obligatoria. Es en el ámbito de la educación donde los progenitores han de ser más respetuosos con la personalidad y la dignidad de los hijos, bien entendido que a partir de una determinada edad y madurez del hijo, no se podrá imponer por los padres una opción educativa determinada.

Por ultimo indico que el art. 154 CC reconoce a los progenitores que ejerzan la patria potestad el *deber de representación de los hijos y de administración de sus bienes.* Se reconoce en el art. 154.3 CC el derecho a que los hijos sean oídos antes de tomar decisiones que les afecten[75]. Esta exigencia legal confirma el abandono de los principios paternalistas y autoritarios, de acuerdo con el respeto a la personalidad de los hijos que se impone en el art. 154.2 CC. Así las cosas aunque se trata de una audiencia no vinculante, tendrán relevancia para comprobar si la dicha potestad se está ejerciendo de forma correcta por los progenitores, lo que no sucederá si de forma reiterada y constante se desatiende la opinión de los hijos en las decisiones que les afectan.

Para el ejercicio de las facultades y deberes que implica la patria potestad, los padres podrán recabar el auxilio de la auto-

75 J. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 416.

ridad, tal y como se contempla en el art. 154.4 CC. El auxilio al que se refiere el citado precepto no ha de entenderse restringido al de la autoridad judicial, sino que la colaboración con los padres para el ejercicio legítimo de la patria potestad se impone a toda autoridad judicial o gubernativa. El recurso a este auxilio se encuentra referido sin duda a lograr la restitución del hijo al domicilio familiar o al que ellos hayan determinado.

5.1.5. Ejercicio de la patria potestad por los padres

A. Ejercicio conjunto de la patria potestad

Se establece en el art. 156 CC que la misma, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Esta es la regla general[76] adoptada por el CC. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme el uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. El principio del ejercicio conjunto[77] de la patria potestad encuentra su fundamento jurídico principal en los preceptos constitucionales que proclaman la igualdad de las personas, claro que si la titularidad de la misma se atribuía a ambos progenitores era coherente e incuestionable que el ejercicio de la misma igualmente correspondiera a ambos (art. 14 y 32 CE).

En caso de separación o divorcio en que el hijo conviva con uno de los padres, el padre con el que no vive tiene derecho a visitarlo y comunicarse con el (según se expondrá ello en apar-

76 M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen IV. Las relaciones paterno-filiales (II)*. Pamplona 2011. Edit Aranzadi, pág. 65.

77 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 292 Los padres tienen derecho a asistir y cuidar de los hijos del modo que ellos necesiten, tienen que controlar que no hagan daño a otras personas, los hijos tienen que vivir en compañía de los padres aunque el ordenamiento admite separaciones transitorias de los hijos por causas justificadas como estudios, vacaciones, viajes…

tado correspondiente). Asimismo el derecho de ver alimentado al hijo, satisfacer las necesidades vitales, alojamiento, vestir, atención médica, formación educacional, estudios, gastos funerarios. Los padres tienen el deber de educación a sus hijos, de corregirlos de forma moderada sin poner castigos extremos o que atenten contra sus derechos. En referencia a la formación escolar actual, se considera que están obligados hasta la E.S.O.[78]; si el hijo no ha podido acabarlo por causa no imputable y ha llegado a la mayoría de edad, los padres estarán obligados a velar por su cumplimiento. Los padres son representantes legales del menor ya que sustituyen su capacidad de obrar. Cuando el hijo es muy pequeño deciden por él, como sustitutos voluntarios del menor. A medida que va creciendo hay actos que puede realizar por si mismo con el consentimiento de sus padres, pero hay otros que no necesita de consentimiento.

El principio general será, por tanto, el de la actuación conjunta de los padres en el ejercicio de la patria potestad. La posibilidad de actuación mediante el consentimiento del otro progenitor representa una respuesta y una solución para el ejercicio diario y cotidiano de la misma y no debe ser interpretada en modo alguno como una excepción a la norma general ya que en este supuesto se precisa igualmente la actuación conjunta sólo que de forma indirecta, mediante la prestación del consentimiento. Como norma general no se exige que el consentimiento adopte una forma concreta, salvo para aquellos actos que necesiten de alguna forma específica (art. 1.280.5º CC). El mismo

78 Según datos oficiales Gobierno de España, Ministerio de Educación (Ministerio de Educación, Formación profesional y deportes. Educagob: www.mecd.gob.es): *La Educación Secundaria Obligatoria (ESO) es una etapa educativa obligatoria y gratuita que completa la educación básica. Consta de cuatro cursos académicos que se realizarán ordinariamente entre los 12 y los 16 años de edad. Se organiza de acuerdo con los principios de educación común y de atención a la diversidad del alumnado. Presta especial atención a la orientación educativa y profesional* (fecha de acceso 26 diciembre 2023).

puede ser anterior y posterior, temporal o indefinido, pero siempre revocable y general o particular. No cabe duda que el indicado consentimiento de un padre al otro puede darse para la actuación por uno solo cuando se trata de actos concretos; plantea sin embargo más dudas el «general» de uno de los padres al otro para el ejercicio de la patria potestad por uno solo. A este respecto, significar que debe admitirse dicho consentimiento general si bien ello no debe interpretarse como una exclusión en los deberes y responsabilidades del padre que consiente, ni le impedirá el ejercicio por si mismo cuando quiera de las facultades que tenga atribuidas. Por tanto los pactos que se formalicen son válidos siempre que concurran unas determinadas condiciones: su revocabilidad, su modificabilidad, cuando concurran circunstancias que de forma sobrevenida lo aconsejen y que se produzca una homologación judicial cuando sea preciso dadas las características del problema. Nada obsta al reconocimiento legal de los acuerdos entre los progenitores en cuanto al ejercicio de la patria potestad, siempre que exista una base objetiva para ellos y que se entiendan permanentemente susceptibles de modificación por causa justificada. Ahora bien, en ningún caso puede entenderse que dichos pactos eximen a ninguno de los progenitores de la responsabilidad que les corresponda, ya que deriva de un deber irrenunciable de velar por los hijos. El legislador se refiere al «uso social» como condición para la validez de los actos que realice uno solo de los progenitores. Dicha cuestión significa que deberá ser un acto correspondiente al desarrollo normal de la vida de un menor y deberá ser un acto frecuente. En cuanto a las también mencionadas «circunstancias» hay que entender las referidas a los hijos. En relación con los actos realizados en situaciones de urgente necesidad, significa que el progenitor que actúa en tales circunstancias lo hará bajo su responsabilidad y que deberá comunicar de forma inmediata al otro progenitor la actuación realizada. La urgente

necesidad supondrá que no es posible esperar, sin que de dicha dilación se deriven perjuicios, a la prestación del consentimiento por el otro progenitor.

B. El supuesto de desacuerdo de los padres

Con carácter general, en caso de desacuerdo[79], cualquiera de los dos progenitores, podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre (art. 156.2 CC).

Para el supuesto de que los desacuerdos entre el padre y la madre fueran reiterados, o concurriera cualquier otra causa que entorpezca el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá exceder de dos años. Una vez que el juez a instancia de los progenitores tenga información de la existencia de un conflicto entre ellos, podrá decir de oficio si se trata de desavenencias puntuales o de desacuerdos permanentes y reiterados, aplicando consecuentemente unas medidas u otras. Las facultades atribuidas al Juez no afectan en ningún caso a la titularidad de la patria potestad, sino a su ejercicio temporal. No parece proporcionado privar a los progenitores de la patria potestad por la existencia de desavenencias entre ellos, en cuanto al ejercicio de la misma. Confirma esta idea el hecho de que el legislador haya establecido un límite temporal (de dos años) a las medidas adoptadas judicialmente, precisamente con el propósito de impedir que dichas medidas se traduzcan en una privación de la patria potestad sin las debidas garantías.

79 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 295. No admite duda que el criterio sobre el que el Juez debe fundar su decisión es el del beneficio del hijo. De ahí que el legislador haya establecido la necesidad de conceder audiencia al hijo si tuviere suficiente juicio.

El tercer apartado del art. 156 CC, sienta la presunción respecto a terceros de buena fe, y para los supuestos del párrafo anterior establece que «*se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro*».Se establece en el citado precepto una presunción *iuris et de iure*, respecto a que la actuación de uno de los progenitores en ejercicio de la patria potestad se realizan con el consentimiento del otro progenitor. Cuando no sea así, el acto no será válido pero en nada afectará a su eficacia frente al tercero de buena fe, que lo ha considerado correcto.

C. El ejercicio de la patria potestad por uno solo de los padres

El ejercicio de la patria potestad por uno solo[80] de los padres exclusivamente podrá tener lugar en los supuestos del art. 156.4 CC, esto es, en defecto o por ausencia, o imposibilidad de uno de los padres. Asimismo, cuando el legislador prevé que uno solo de los progenitores ejerza la patria potestad, «en defecto» del otro, está haciendo clara alusión a supuestos tales como el fallecimiento del otro progenitor, declaración de fallecimiento, no determinación legal de la filiación, exclusión de la patria potestad, cierto que en estos supuestos no sólo hay ejercicio exclusivo por un progenitor, sino que la titularidad misma de la patria potestad se ve afectada.

La «imposibilidad de uno de los padres» comprendiendo enfermedades y otras posibles causas que impidan de hecho al afectado el ejercicio de la patria potestad[81].

---

80 M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Op. cit.,* pág. 78 Si se consideran los antecedentes de esta norma, fácilmente podrá apreciarse que en la redacción anterior del Código, se trataba la suspensión de la patria potestad —no al ejercicio por un cónyuge— y siempre en referencia expresa a los supuestos de declaración judicial.

81 Articulo modificado con la ley 8/2021 de 2 de junio, ya que antes de la modificación también se hablaba de la incapacidad judicial de los padres.

D. El supuesto de separación de los padres

Se dispone en el art. 156.3 CC que «*si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el Juez a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio*».

Resulta importante considerar lo dispuesto en el art. 159 CC a propósito de los padres que estando separados no deciden de común acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad al hijo que concede al juez importantes prerrogativas en beneficio de los hijos. Así pues la separación de los padres[82] no conllevará el ejercicio exclusivo de dicha potestad por el progenitor que conviva con el hijo ya que a tenor del precepto el Juez, a instancia del otro progenitor, podrá establecer otras medidas de actuación (actuación conjunta, o atribución de funciones a cada progenitor) en interés del hijo[83].

Es lo común que aunque exista ruptura de la pareja, y en su caso se otorgue una custodia individual, en las sentencias se determine la patria potestad compartida. Y ello porque el hecho de la ruptura no implica que los padres dejen de tener derechos y obligaciones respecto de los hijos. Dicha potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución, es la institución jurídica de protección, cuidado, asistencia, educación y un medio de suplir la inca-

82 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 298.

83 R. ARCE FERNÁNDEZ; M.D. SEIJO MARTÍNEZ; F. FARIÑA RIVERA. «Razonamientos judiciales en procesos de separación». *Rev. Psicothema.* Nº 1. Vol. 17. 2005, pág. 58.

pacidad. El derecho de los padres a la misma en relación a sus hijos menores y dentro del mismo, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende el ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que en adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales —en este caso de interés familiar— que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico. Es el conjunto de derechos concedido a los padres sobre la persona de los hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el menor. Por ello la patria potestad es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible.

En consecuencia, es evidente que no finaliza por la ruptura de la pareja, siendo prevalente el art. 39 CE antes indicado: *«Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda».*

E. El ejercicio de la patria potestad por el padre menor

El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres[84] y, a falta de ambos, de su tutor; en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez (art. 157 CC). La referencia legal al menor no emancipado ha de entenderse en relación con el ejercicio de la patria potestad de los hijos no matrimoniales por cuanto que sus padres no

84 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 299.

han alcanzado la emancipación. El reconocimiento legal de estos hijos está regulado en el artículo 121 CC que establece que el reconocimiento realizado por incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del ministerio fiscal.

5.1.6. Intervención de la autoridad judicial

Según el art. 158 CC, cito textualmente: «*El Juez de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1º.– Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres; 2º.– Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; 3º.– En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier procedimiento civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*».

Se reconoce legitimación al Juez de oficio, al propio hijo y a cualquier pariente, sin límite de grado, así como al ministerio fiscal. La legitimación de los progenitores ha de entenderse incluida en la referencia a los parientes. En cualquier caso, el espíritu de la norma[85] se orienta a prevenir un peligro para el menor o evitarle

85 Desde anteriores resoluciones judiciales consta el criterio de posibilidad de suspensión del régimen de visitas: Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, sec. 22ª, A 24-9-1998, rec. 1484/1997. Pte: Correas González: *Se desestima el rec. de apelación interpuesto frente al Auto dictado en ejecución de sentencia de separación matrimonial, pues el art. 158 del CC no es ni sirve de procedimiento para operar un cambio definitivo en el régimen de vistas, en el caso, suspensión de la normas; es sólo una medida provisional para garantizar resolución anterior (impropia), instrumental (su efectividad por la ejecución) y que debe responder a razones de sumariedad, urgencia y peligro, sujetas a la discrecionalidad del Juez y que debe legitimarse posteriormente. En efecto, todo ello ha ocurrido en el caso de autos y para la ejecución de la*

perjuicios. El interés superior del menor[86] ha de actuar como principio inspirador de todo lo relacionado con él, de forma que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e incluso a los padres y ciudadanos con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercitarlos de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando por el contrario su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces puedan adoptar se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien. Por ello es común en estos casos, que el Juez solicite y haga uso de un informe pericial-psicológico de la

---

sentencia de separación, ante el evento o «noticia criminis» llegada a oídos del órgano «a quo» con urgencia,»in audita parte», y ante el peligro que suponía para el hijo, en aras del principio del «bonum. filii» suspendió el régimen de visitas fijado al padre. Por tanto, la adoptada es una medida urgente para un momento determinado que ya pasó, luego por ello, por ser discrecional y abierta a su legitimación posterior difícil o imposible éxito podrá tener cualquier impugnación dirigida contra ella.

En más reciente Jurisprudencia: TS Sala civil. Rec. 722/2014. Resolución 321/2012 de 18 de Junio de 2015: Se fija como doctrina Jurisprudencial la siguiente: *«La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores, bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada».*

86 P.M. LÓPEZ ROMERO. *Interés superior del menor y custodia*. Análisis jurisprudencial. *Rev. Economist & Jurist*. Vol. 19. Nº 151. 2007, pág. 37. El peligro para el hijo no puede ni debe circunscribirse al aspecto estrictamente material o patrimonial sino también al moral, por lo que no se pueden excluir las medidas de índole patrimonial que afecten a los bienes del hijo.

situación de los hijos, con inclusión del estudio familiar. En consecuencia considero trascendente dicho artículo, ya que a través de su alegación puede procederse por el Tribunal[87] a modificarse una situación de los menores, si se acredita que se encuentra en alguna de dichas circunstancias.

Asimismo en el art. 159 CC se reconoce al Juez la facultad de decidir, en beneficio del hijo, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, en aquellos supuestos en que los padres vivan separados y no decidan de común acuerdo. Para la adopción de esta decisión el Juez deberá oír antes a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

5.1.7. Derechos de los progenitores cuando no ejercen la patria potestad

A tenor de lo dispuesto en el art. 160 CC se reconoce al padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro conforme a lo dispuesto en resolución judicial. El derecho de visita de los progenitores reconocido en el citado precepto comprende visitas, comunicación y compañía o estancia del hijo con el progenitor apartado del ejercicio de la patria potestad. El reconocimiento habrá de ser tenido en cuenta por la autoridad judicial en los supuestos de separación legal del matrimonio, nulidad o divorcio. No obstante ya he dejado anunciado, que en los actuales procedimientos de separación (divorcio, nulidad), lo común es que ambos progenitores mantengan la patria potestad,

87 Auto judicial de fecha 19 enero 2009, Juzgado P. Instancia Sevilla. *Resumen:* la madre cambió de residencia y el Juez, por vía del art. 158 del CC, le otorgó la custodia al padre.

y por tanto si este ejercicio ha sido retirado, lo será por otras causas.

No puede desconocerse, que el Juez dispone de un importante margen de actuación, al establecer o denegar en cada caso el derecho de visitas en atención del beneficio para los hijos. Así el último párrafo del art. 160 establece que en caso de oposición, el Juez a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.

Por otra parte, se contempla en el art. 161 del CC el derecho de los padres a visitas y relacionarse con el hijo que se encuentre en situación de acogimiento, teniendo la facultad del Juez de regular y suspender dicho derecho, atendidas las circunstancias y el interés del menor. La situación de acogimiento del menor, puede obedecer a diferentes causas, y en atención al origen del mismo el Juez estimará lo que más convienen al bienestar del menor.

5.1.8. La representación legal de los hijos

Determina el art. 162 CC, que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Por todos es conocido que el fundamento de la representación de los menores se encuentra en su limitada capacidad de obrar, es por tanto necesario que otras personas complementen su ausencia de capacidad, mediante la autorización o consentimiento. Es lógico que se atribuya en primer lugar la representación a los padres[88]; para éstos la misma implicará un poder-deber, de igual forma que lo eran las demás facultades de la patria potestad.

88 L. PIUG I FERRIOL. *Manual de Derecho Civil* I. *Introducción y derecho de la persona*. Madrid, 1995. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, pág. 199.

A.– El contenido de la representación: este deber se constituye por Ley ya que es la que establece y determina el ámbito y la extinción de las facultades de la misma. Ante la generalidad de la Ley habrá que considerar que el deber de representación de los padres alcanza a todas las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo las que expresamente ha excluido la Ley. Por tanto, el padre que ostente la patria potestad dispone de plenas facultades para actuar, tanto en el ámbito judicial, como extrajudicial en representación de sus hijos. La limitación de la capacidad de obrar de los hijos consiste en la autorización por parte de otra persona de representarle en lo que confiere en una total sustitución de la titularidad ostentada por parte de otra persona. El poder de representación nace directamente de la ley y concierne a todos aquellos aspectos relativos a bienes, derechos y deberes del menor[89].

Ahora bien, el menor sometido a patria potestad no por ello carece de derechos de la personalidad; tan es así que el legislador ha excluido determinados actos del contenido de la representación legal. En efecto se exceptúan de dicha representación los siguientes actos: 1º.– Los relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo. Se contemplan en este apartado dos excepciones claramente definidas; por un lado, la relativa a actos concernientes a derechos de la personalidad que el hijo está en situación de ejercitar por si mismo de acuerdo con su madurez, y la segunda referida actos que el hijo, según las leyes, puede realizar por sí mismo; 2º.– Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo (art.

89 J.M. RUIZ-RICO RUIZ; M.J. GARCÍA ALGUACIL. «Representación legal de los menores y abuso de poder representativo». *Rev. de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*. Nº. 24. 2001, pág. 24.

163 CC); 3º.– Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres (art. 164 CC).

La actuación de los progenitores en representación de sus hijos no se encuentra exenta de limitaciones, así en determinados supuestos los padres se hallan sujetos a condicionamientos o limitaciones en su actuación. Por lo que respecta a la personalidad del hijo, y por tanto en concreto para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio (capacidad suficiente), sin perjuicio de lo establecido en el art. 158. Es el padre como representante legal quien contrata y el hijo quien complementa la legitimación de aquel con su consentimiento. Ahora bien, el consentimiento deberá ser previo, y el hijo deberá tener suficiente juicio para comprender el acto que se va a realizar.

B.– Los conflictos de intereses en el ejercicio del derecho de representación: según el art. 163 CC «*Siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los progenitores tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad*».

El fundamento de este precepto se encuentra en la pretensión de protección de los intereses del menor, que pudieran verse lesionados como consecuencia de un posible conflicto de intereses entre éste y quienes le representan legalmente o completan su capacidad para determinados actos. Es por tanto una garantía para que la representación del menor no se encomiende a quien en dichos supuestos mantiene con él un conflicto de intereses, es

trascendente por tanto según lo expuesto concretar dicha representación legal[90].

El legislador entiende que existe incompatibilidad entre los intereses del hijo y de los padres cuando existe un «interés opuesto», pero no se detiene a especificar cuándo existirá incompatibilidad u oposición de interés. Por tanto podemos considerar que existe tal situación cuando no pueda atenderse a los intereses de ambos a la vez, sin que uno de ellos resulte perjudicado, la oposición ha de serlo con claridad. Se entiende jurisprudencialmente con carácter secular, que existe tal conflicto si el padre es heredero y el hijo acreedor de la misma herencia; o si se trata de una herencia en la que el padre y el hijo son coherederos[91].

La designación del defensor judicial, a tenor de lo dispuesto en el art. 295 y ss. del CC, se hará por el Juez, quien actuará bien de oficio o a petición del ministerio fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, podrá quedar designado como defensor «a quien estime más idóneo»[92].

---

90 G. GARCÍA CANTERO. «Notas sobre representación legal en el derecho de familia». *Actualidad civil*. Nº 1. 1990, pág. 120.

91 F. LLEDÓ YAGÜE. *Compendio de derecho de Familia.* Madrid, 1999. Edit. Dykinson, pág. 332. Referencia sentencias ya muy anteriores: STS 6 Nov. 1931; Resolución DGRN 12 de octubre de 1895.

92 Del defensor judicial de la persona con discapacidad. Modificación del CC según mencionada Ley 8/2021. Artículo 295.: *Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.; 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.; 3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.; 4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.; 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.; Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.*

5.1.9. Los bienes de los hijos y su administración

A. La administración de los bienes de los hijos

Exponiendo el CC, todo el Capítulo III lleva como rúbrica las palabras: «De los bienes de los hijos y su administración», el cual ha sido, reformado por la ley de 13 mayo 1981. Comprende ahora los artículos 164 a 168 inclusive. De ellos nos interesan especialmente, de momento, los dos primeros: el 164 (referente en general a la administración paterna de bienes de los hijos y a sus excepciones) y el 165 (relativo al disfrute de bienes de los hijos)[93].

En dicha administración se ha de emplear la misma diligencia que en los suyos propios[94], debiendo cumplir con las obligaciones generales de todo administrador de bienes ajenos. Esta cuestión también tiene alguna excepción, que se indica en el art. 164, referido a los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa, los adquiridos por sucesión cuando el padre o la madre hubieran sido desheredados y los que en hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo.

La administración de los hijos sujetos a patria potestad por regla general incumbe a los padres. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 164 CC cuando afirma que «*los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y especialmente las establecidas en la Ley hipotecaria*»[95]. Por su parte el legis-

93 M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Op. cit.*, pág. 128.

94 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1868.

95 Capít. III C.C.: la legislación se refiere a que se exige a los progenitores en la administración de los bienes de los hijos la misma diligencia que para los suyos propios, lo que constituye una apreciación de índole subjetiva que deberá ser matizada con criterios objetivos. En efecto en supuestos especiales tales como el contemplado en el art. 168.2

lador establece en el segundo apartado del art. 164 excepciones a la facultad de administración de los padres, dichas excepciones toman en consideración el origen de los bienes de los hijos. Así se exceptúan de la administración de los padres los siguientes bienes: 1º.– Los adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos[96]; 2º.– Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante, y en su defecto o sucesivamente, por el otro progenitor, o por un administrador judicial especialmente nombrado.

La problemática que se plantea en este supuesto es si la prohibición de administrar por los progenitores, comprenderá todos los bienes a que tenga derecho el hijo en esa sucesión, o por el contrario estará limitada a los bienes que reciben en la sucesión en virtud de la incapacidad de sus padres. En este caso puede considerarse que la exclusión se extiende los bienes sujetos a reserva, ya que lo que se pretende es evitar cualquier relación de

---

CC, si se ha producido pérdida o deterioro de los bienes del hijo, los progenitores responderán si han incurrido en dolo o culpa grave. No admite el ejercicio de esta facultad que integra la patria potestad la delegación a un tercero, claro que podrán los progenitores recurrir a terceras personas para que les asistan en la administración de estos bienes.

96 Según por tanto el CC, debo significar en primer lugar la trascendencia que se concede a la voluntad del disponente, por cuanto que cuando aquélla sea expresa, deberá cumplirse estrictamente. Así pues las facultades del disponente para establecer el régimen de administración de citados bienes, ya que podrá simplemente excluir a los progenitores de su administración, o podrá designar administrador o administradores, indicando en éste caso la forma de actuación. Si nada se ha dispuesto sobre la administración de los bienes, supletoriamente resultará de aplicación lo previsto en el art. 166 y ss del CC. Si se ha limitado a excluir a los progenitores de la administración, sin designar administrador, habrá que aplicar las normas contenidas en el art. 164 CC, por lo que se deberá recurrir a la designación de un administrador judicial.

los progenitores con los bienes que les hubieran correspondido de no haber sido desheredados o indignos. No obstante también puede entenderse que la prohibición se refiere a todos los bienes que el hijo adquiera por esa vía sucesoria sin excepción, ya que las mismas razones que aconsejan la exclusión de los progenitores en la administración de la legítima puedan argumentarse para los demás bienes que adquiera el menor[97]; 3º.– Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará consentimiento de los padres para los que excedan de ella. Ha sido interpretada esta exclusión como una concesión al menor que trabaja, en aras a la madurez que demuestra por su incorporación al mundo laboral. La excepción comprende también los bienes que se subroguen en el lugar de los adquiridos por el trabajo o industria del menor. La cuestión sobre «actos de administración ordinaria», son referidos por una parte a la circunstancia de no comprometer en acto ni en potencia la composición sustancial del patrimonio administrado y por otro lado a la habitualidad en el tiempo y la generalidad en el sector[98].

B. El disfrute de los bienes de los hijos sujetos a patria potestad

El art. 165 CC, establece que «*pertenecen al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo e industria*», continuando el apartado segundo «*no obstante los padres podrán destinar los bienes del menor que viva con ambos o con uno sólo de ellos, en la parte que corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones*».

97 F. LLEDÓ YAGÜE. *Compendio de Derecho de Familia*. Madrid, 1999. Edit. Dykinson, pág.335. Según se indica referenciando por un sector, *a RODRÍGUEZ-CANO, y según otro sector la doctrina de LLAMAS POMBO.*

98 F. LLEDÓ YAGÜE. *Op. cit.*, pág.335. Referenciando a *SANCHO REBULLIDA.*

Esta disposición guarda estrecha relación con lo dispuesto en el art. 155.2 CC, que establece como obligación de los hijos *«contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella».*

En relación todo ello, queda evidente que para determinar la contribución del hijo habrá que ponderar la necesidad de la familia y los recursos del menor, y por tanto respecto a la exención de la obligación de rendición de cuentas deberá onsiderarse la proporcionalidad de las cantidades destinadas a la contribución de las cargas familiares.

C. Enajenación y gravamen de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad

La necesidad de asegurar la conservación del patrimonio de los hijos mientras se encuentran sujetos a patria potestad aconseja la imposición de ciertos límites legales a los actos de enajenación de los bienes de dicho patrimonio.

En la actualidad el art. 166 CC establece que «*los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal».*

A tenor de lo previsto en el art. 164 CC, los actos y bienes no incluidos en dicho art. 166 podrán ser realizados por los progenitores, como titulares de la patria potestad y administradores de los bienes de sus hijos sin necesidad de autorización judicial. La renuncia a los derechos del hijo se configura en el CC de forma más limitada y estricta que los actos de disposición y gravamen, ya que la renuncia a cualquier derecho sólo podrá realizarse por los progenitores con autorización judicial, en tanto que los actos

de gravamen y disposición que precisan de autorización judicial quedan restringidos a los expresamente indicados en la Ley. La licencia o autorización judicial tanto para renunciar a derechos como para gravar o disponer de los bienes solo podrá obtenerse cuando existan «causas justificadas de utilidad o necesidad». Los actos de enajenación sujetos a licencia judicial serán tanto los realizados a título oneroso como los realizados a título gratuito. Parece claro según Jurisprudencia que es improcedente la renuncia de derechos, ya que se considera cuestión indisponible e irrenunciable[99].

El procedimiento para obtener la licencia judicial es el de jurisdicción voluntaria (LEC), donde está prevista la intervención del hijo. En el procedimiento habrá que expresar el motivo de la enajenación, gravamen o renuncia, que será convenientemente justificado. Incluso se debe demostrar en ocasiones la existencia de causa de necesidad para realizar el acto de disposición, gravamen o enajenación. No se tratará necesariamente de una justificación económica, aunque será generalmente la más frecuente y sencilla de demostrar en el procedimiento. La autorización judicial se concederá para cada caso concreto y será previa a la realización del acto para el cual se solicita.

Por otra parte, el art. 166.2 CC, señala que «*los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario*».

Intenta el legislador ampliar la protección a los intereses del hijo mediante la aceptación a beneficio de inventario *ope legis*, ya que los gastos y dilaciones que dicha forma de aceptación conlleva, la hacen aconsejable fundamentalmente para aquellos casos en los que la aceptación tendrá lugar por denegación de la

99 M.A. TORRES MATEOS. *Patria Potestad*. Madrid, 2007. Edit. Aranzadi, pág. 237.

autorización para repudiar[100]. Por otro lado, si bien nada se dice respecto a la posibilidad de aceptar la herencia del hijo pura y simplemente, ninguna objeción puede plantearse a esta posibilidad, por cuanto que el tutor puede aceptar de esta forma, si bien necesitará autorización judicial (cfr. art. 271.4 CC).

No obstante, en ocasiones no se solicita dicha autorización[101], en concreto a tenor del art. 166.3 CC *«no será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros».*

El consentimiento del menor que haya cumplido dieciséis años, suplirá al del juez, por lo que deberá realizarse con las garantías debidas; será otorgado para cada acto concreto y no será válido en concedido con carácter general. No es el menor quien realiza el acto, ni quien toma la decisión, son los progenitores, pero necesitan el consentimiento del hijo. Si el hijo se negare a prestar el consentimiento, no resultará sencillo obtener licencia judicial, ya que no debe olvidarse que el Juez deberá oír al hijo mayor de doce años en toda cuestión que le afecte. La enajenación de los bienes inmuebles del hijo, efectuada por el padre sin los requisitos del art. 166 es nula por aplicación de lo dispuesto en los art. 6.3 y 1300 CC, la venta sólo podrá convalidarse por los menores, al llegar a la mayoría de edad, pero ello no impide que mientras ésta no surge pueda decretarse la nulidad mediante el ejercicio de la acción regulada en el art. 1.302 CC.

---

100 M. MEJÍAS GONZÁLEZ. «La repudiación de la herencia correspondiente a menores sometidos a patria potestad». *Rev. general de derecho*. Nº. 7. 1951, pág. 148.

101 J.M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ. «Venta de bienes inmuebles de los hijos sin autorización judicial. Examen del artículo 166 del Código Civil». Nº 1. 2011 Pág. 18.

D. Las medidas judiciales de protección de los bienes de los hijos

Según dispone el art. 167 CC «*cuando la administración de los bienes de los padres, ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal, o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estima necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración e incluso nombrar un administrador*».

Debe advertirse la indeterminación de los términos empleados por el legislador, ya que el Juez podrá intervenir a favor de los bienes del menor cuando la actuación de los padres «ponga en peligro el patrimonio del hijo», lo que supone dejar un amplio margen de discrecionalidad a la decisión judicial. Se debe indicar que en el caso de ser nombrado administrador judicial, los progenitores quedarían excluidos de la administración de los bienes del hijo. En el nombramiento judicial de administrador, se hará referencia a las facultades de éste, así como a los bienes a que se extenderá la administración, en principio en ningún caso el administrador tendrá facultades más amplias que los progenitores, por lo que se encontrará sujeto a las prescripciones del art. 166 CC[102]. Con carácter general, dicho artículo obliga a los padres que pretendan enajenar determinados bienes y valores concretamente, «bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios» a recabar autorización judicial, con audiencia al Ministerio Fiscal.

La Administración puede intervenir en tal cuestión, no solo en cuanto a los bienes, sino en cualquier situación, y en concreto, pone a disposición de los ciudadanos diferentes medios para

102 J. MARTÍNEZ RIPA. «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial: a propósito de la STS de 22 de abril de 2010». *Diario La Ley*. Nº 7566. 2011.

proteger a los menores que se encuentran en situación de riesgo o de desamparo indicando en este apartado: «*En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia*»[103].

En otro orden de consideraciones, constituyendo la administración de bienes, no solo un derecho, sino un deber, se plantea la cuestión sobre la responsabilidad de los padres, por su gestión. El actual art. 168 CC, proclama al respecto que al término de la patria potestad, podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces[104].

5.1.10. Deberes de los hijos

Si bien se ha reiterado que la patria potestad es una función ejercitable en beneficio de los menores, el cumplimiento de dicha atribución legal, significa y exige de los hijos sumisión y dependencia respecto a los padres. Dice el artículo 155 CC que los hijos

103 *BOE* Nº 15, 17 de enero de 1996: Art. 17 de la L.O. 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

104 Según se determina en el CC (art. 166 y concordantes): La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años. En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán de los daños y perjuicios sufridos. Y ello porque como cualquier administrador, también los progenitores, se encuentran en la obligación de rendir cuentas una vez finalizada su gestión.

deben: 1º.– Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2º.– Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan con ella.

En su consecuencia, indico más detenidamente, los deberes y facultades de los hijos en relación con la patria potestad: a) El deber de obediencia, el cual terminaría con la emancipación. Deber que tiene un contenido moral pues siempre debemos estar ante mandatos lícitos; b) Deber de respeto. Este es contenido específico de la filiación, y no se extingue con la emancipación. Como orientación, podrían entenderse como contrarios a tal deber los actos que redundan en desprestigio de los padres. c) Deber de contribuir a las cargas familiares: Ayudar equitativamente a su familia, mientras convivan con ella.

Por tanto como regla general, los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus padres, la excepción por tanto son los supuestos en que los padres no ostentan esta potestad, y así el art. 158 CC prevé la protección de los hijos que el Juez pueda dictar las disposiciones apropiadas al respecto. Añadir que también puede ser ello decretado por la Administración competente para el interés del menor.

El deber de respeto y obediencia se configura en la actualidad de una forma más ajustada a la realidad social, la medida del respeto vendrá determinada en cada caso por los usos sociales y por las circunstancias que concurran en cada caso. Supone el deber de obediencia que el hijo debe cumplir las órdenes lícitas dadas por los padres en el ejercicio de las facultades legales que tienen atribuidas; por el contrario no existe obligación de obedecer las órdenes que sean contrarias a derecho o representen extralimitación de sus facultades. Ante la desobediencia de los hijos a órdenes lícitas de los padres, éstos podrán ejercer la facultad de corrección que reconoce el art. 154 CC.

En la actualidad la solidaridad entre los miembros de la familia, en lo que a rentas y patrimonio se refiere, se ha estructurado a partir de la obligación de los hijos de contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia. Esta obligación se encuentra circunscrita únicamente al tiempo durante el cual el menor se halla sometido a la patria potestad de los padres. Ahora bien, si se presenta como una obligación natural que los hijos emancipados que conviven con los padres contribuyan al sostenimiento de las cargas familiares, habrá de estar en cualquier caso a los pactos y acuerdos que se hayan establecido en el seno de la familia, puesto que se trata de personas capaces y libres para realizar pactos entre sí. Por otro lado no puede identificarse la obligación de contribuir a las cargas familiares con la situación de necesidad, porque no se trata de un deber de alimentos.

5.1.11. Límites o excepciones

La exposición sobre la determinación se hace constar en art. 154 CC, en cuanto que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre o de la madre —que habitualmente corresponde a ambos— salvo que concurran circunstancias especiales para su modificación o limitación. El art.160 del mismo cuerpo legal, establece que el padre aunque no ejerza la patria potestad, tiene derecho a relacionarse con los hijos menores; no podrán impedirse sin justa causa, las relaciones personales del hijo con los parientes o allegados. El contenido de este derecho a relacionarse abarcaría junto a la visita, las posibles etapas de convivencia, mientras no exista causa que no lo aconseje, que se determinará por el Juez en cada caso concreto. Este derecho de visita y convivencia no es el propio derecho, sino un derecho determinado que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas de los hijos en aras de su desarrollo armónico y equilibrado.

No obstante respecto a este precepto, debo indicar, relacionándolo con los procesos de separación o divorcio, que actualmente, en estos lo habitual es que la patria potestad sea conjunta, y por tanto, lo que se regula es el régimen de visitas, que es el que no puede impedirse al progenitor que no ostenta la guarda y custodia. Por tanto, reitero, en los procesos actuales, si es que se ha retirado la patria potestad, ello es por alguna causa especial y/o grave, motivo por el cual es lo normal que también queden impedidas las visitas. Considero que este precepto podía estar redactado para otro tipo de sociedad o familias, ya que en la sociedad reciente, la patria potestad normalmente es conjunta, dado que ambos progenitores, aunque se encuentren separados, tienen el derecho-deber de ejercer dicha potestad, siendo ello igualmente beneficioso para el menor[105].

Las resoluciones judiciales dictadas en los recientes procesos, así lo transcriben, determinando asimismo que en los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijos menores de edad, al cambio de centro escolar o de modelo educativo y/o de domicilio de los hijos menores de edad, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica, o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto

105 Como ejemplo y puesto que me refiero en este estudio a la práctica profesional a la que me dedico en la comunidad autónoma de Aragón, indico que en este sentido queda estipulado en el anteriormente indicado Código de Derecho Foral de Aragón en el Título I, referido al Derecho de la Persona, que refunde la Ley 13/2006 de 27 de diciembre Ley 13/26 de 27 de diciembre, del Derecho de la Persona, que señala en su art. 68, que *éstos han de actuar según lo que lícitamente hayan pactado en documento público, y en defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares.*

por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Ambos progenitores sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores, o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos, como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores, tienen derecho a obtener información médica de sus hijos, y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

No obstante, continuando con el articulado del CC, el 162 de dicho texto, establece tres excepciones a la norma general de representación: 1.– Actos relativos a los derechos de personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con su condiciones de madurez, pueda realizar por si mismo; 2.– Aquellos en que exista conflicto de intereses entre padres e hijos; 3.– Relativos a bienes que estén excluidos de las administración de los padres.

Corresponde también a los progenitores la administración de los bienes[106] de los menores, según determina el art. 164 CC,

106 El art. 163 CC regula el nombramiento de defensor judicial para evitar que lesionen los intereses del menor cuando exista conflicto de intereses con los padres: *Siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los progenitores tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.; Si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.*

debiendo hacerlo con la misma diligencia que los suyos propios, aunque quedan exceptuados algunos supuestos: a) Los bienes adquiridos a título gratuito, cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa, en tal caso deberá cumplirse estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de estos frutos; b) Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre, o ambos hubieran sido justamente desheredados, o no hubieran podido heredar por causa de indignidad; c) Los que el hijo mayor de dieciséis años, hubiera adquirido con su trabajo. Los actos de administración ordinarios serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

En cuanto a límites a la administración: el art. 166 establece que los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios. Se exige autorización judicial para repudiar herencias o legados a favor del hijo. Al final del ejercicio de la patria potestad deberá rendir cuentas de la gestión realizada. Los padres son responsables de los daños y perjuicios sufridos en los bienes del hijo, por causa de la administración.

5.1.12. Extinción y pérdida

Finalmente procedo a indicar la cuestión de la pérdida y la extinción de la patria potestad[107], en resumen la misma se extingue: 1.– Por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; 2.– Por la emancipación; 3.– Por la adopción del hijo.

Los padres pueden ser privados[108] de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a ella, cuando su con-

107 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 421.

108 M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Op. cit.*, pág. 161.

ducta ponga o pueda poner en peligro la formación y educación moral del hijo, o por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. La privación no es definitiva, el cese de la causa que la motivó puede dar lugar a su recuperación si el Juez lo considera beneficioso para el hijo menor.

El Tribunal Supremo viene manteniendo que la falta de ejercicio, aunque sea temporal, de la patria potestad, o su ejercicio en forma no dirigida a la finalidad social que su institución conlleva puede implicar incluso la extinción de ese derecho[109]. Continuando con ello, por tanto debo aclarar: a) Pérdida de la patria potestad: cuando el ordenamiento jurídico considera que debido a la existencia de determinadas circunstancias deben dejar de ser titulares de la misma, en resumen, por la adopción o mediante sentencia judicial fundada en el incumplimiento de los deberes correspondientes. Es decir tal medida se adopta mediante la tramitación de un procedimiento contradictorio[110]; b) Extinción de la patria potestad, como hemos comentado por muerte o declaración de fallecimiento, y en particular la emancipación del hijo.

Dispone el artículo 170 CC, que el padre o la madre, podrán ser privados de la dicha potestad por sentencia firme basada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Según la Jurisprudencia[111] para la privación de la misma deben existir incumplimientos graves, referidos a que existan indicios de un definitivo desentendimiento. En este sentido, los modos de extinción de la patria

---

109 M.A. TORRES MATEOS *Patria Potestad*. Madrid, 2007. Edit. Aranzadi, pág. 243.

110 M.P. GONZÁLEZ VICENTE. *Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar*. AA.VV *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998. Edit. Rodríguez Torrente, pág. 114.

111 Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18 ª, de 1 de abril de 2003. Según referencia de M.A. TORRES MATEOS. *Patria Potestad*. Madrid, 2007. Edit. Aranzadi, pág. 276.

potestad, pueden clasificarse en[112]: *Absolutos*, esto es aquéllos que la extinguen en sí misma; *Relativos*, porque sólo se extinguen en relación con la concreta persona que hasta entonces la ejercía.

Y por tanto, según lo antes expuesto podremos incluir en los *absolutos*: a) La muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. En el caso de los padres, deberá afectar a ambos progenitores, ya que de lo contrario recaerá en el sobreviviente. b) Emancipación. Esta cuestión deberá ponerse en relación con el art. 314 CC, que determina que está tendrá lugar por mayoría de edad, por matrimonio del menor, concesión de los que la ejerzan o concesión judicial. Consta esta exposición en el art. 169 CC. Continuando con la clasificación indicada, los modos *relativos*[113] de extinción, serán: adopción del hijo por otra persona. Ciertamente ello no es supuesto de extinción en cuanto al hijo, sino únicamente respecto a los padres por naturaleza, ya que en realidad tiene lugar un cambio de titularidad en dicha potestad.

Y en relación con este supuesto, el indicado art. 170 CC, señala que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. En estos casos deberá atenderse al interés del menor. La privación es respecto al titular que la venía ejerciendo, pero no desaparece en relación al hijo, si existe una persona en quien pueda recaer dicha obligación.

La extinción, conllevará la desaparición absoluta de esta función, hasta el punto que en ocasiones podrá producirse la desaparición relativa o la transmisión a otro sujeto. El padre o madre que pierda la patria potestad por las causas del art. 170 podrá ser desheredado por el hijo o por el cónyuge (cfr. Art.

112 F. LLEDÓ YAGÜE. *Op. cit.*, pág. 342.

113 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 330.

854 CC), siendo no obstante necesaria sentencia de privación de patria potestad. Por otra parte prevé el art. 170.2 que *«los Tribunales podrán en beneficio del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación»* Por tanto para la indicada recuperación[114] se imponen dos condiciones: cese de la causa que motivó la privación y que de la nueva decisión se derive un beneficio para el menor. Para ello será necesaria una revisión judicial. Dentro de este apartado, plantearé la posibilidad de que por causas como las anteriormente adelantadas, esto es, ya provengan de los propios padres o de los menores —conflictividad que sobrepase la capacidad de atención de la familia— o de circunstancias ajenas al ámbito familiar, los padres se ven en la necesidad de solicitar la ayuda de las Instituciones. Así, la tutela[115] es una institución llamada a sustituir a la patria potestad, cuando la misma, falta o no es ejercida debidamente por los padres.

Por tanto para que nos encontremos ante el supuesto que el menor vaya a ser sometido a tutela[116], tendremos como condiciones: a.– Menores no emancipados; b.– Menores no sujetos a patria potestad.

El CC determina en el artículo 170 que se puede extinguir la patria potestad por la privación al padre o a la madre, total o parcialmente, de la misma. Siempre mediante sentencia civil que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado. Este precepto más que una sanción al progenitor, incumplidor de sus deberes, implica una medida de protección al niño, y por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta

114 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1888.

115 J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*, pág. 521.

116 M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Op. cit.*, pág. 214.

de los padres gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho menor. No obstante precisamente por ello, su privación ha de valorarse con criterios de índole restrictivo en aras de amparar y preservar el tan repetido beneficio e interés de los hijos.

La privación no tiene carácter irreversible, la patria potestad es recuperable tras el cese de la causa que la motivó. En suma, la privación de la misma, exige: a) Existencia y subsistencia, plenamente probada de una causa grave de entidad suficiente para acordarla; y b) la razonable necesidad, y conveniencia de su adopción para la adecuada salvaguarda del interés del menor.

La privación de la asistencia moral es pues un concepto indeterminado, que sin embargo faculta a la administración para intervenir, y sin control judicial suspender la patria potestad. Debe por ello ser interpretado muy restrictivamente, únicamente a supuestos límite en los que existiendo un menor con asistencia material correcta, carezca de las circunstancias que le permitan un desarrollo armonioso de su personalidad, atendiendo siempre al interés del menor, pero sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece el menor. Como límites a la interpretación de la «privación de la asistencia moral» tenemos la protección de la familia (art. 16.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos de naciones Unidas de fecha 10 de diciembre de 1948) y el art. 39.1 CE, el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a los hijos, así como derechos culturales[117], y finalmente como principio vigente en esta materia y que debe servir en todo caso

117 L.M. ARROYO YANES. «Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. Nuevas Políticas Públicas». *Rev. anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. Nº 2. 2006, pág. 267.

de límite a la intervención de la administración de la permanencia del menor en su familia siempre que sea posible, según el art. 172.4 CC.

5.1.12.1. Situación de desamparo

Al respecto y en relación con el supuesto de los menores que se hallen en situación de desamparo, cuando se constate que un menor se encuentre ante ello, la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo, y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda[118].

Debe tenerse en cuenta la extraordinaria trascendencia que la declaración de desamparo lleva consigo dados los efectos, a veces irreversibles que de ella pueden seguirse tanto para los menores como para sus progenitores, por lo que para adoptar las medidas necesarias que lleva consigo esta declaración sobre un menor, es indispensable que se constate que efectivamente existe esa situación actual de hecho que lleva como consecuencia para los mismos la privación de la necesaria asistencia moral y material. Es importante precisar que el desamparo no tiene lugar por un hecho puntual, sino que requiere una cierta permanencia en el tiempo.

---

118 A. PEREZ MARTÍN. *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores.* Valladolid. 1995. Edit Lex Nova, pág. 167; M.V. MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil.* Granada. 1999. Edit. Comares, pág. 328; M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS. «La situación de desamparo. La tutela automática de las entidades publicas. El acogimiento de los menores». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*. Nº. 59. 2002, pág. 694; M.A. TORRES MATEOS. *Patria Potestad*. Que referencia la *Sentencia Audiencia Provincial de Badajoz, num. 357/2004. Sección 3ª de 30 de noviembre*. Edit. Arandazi Madrid, 2007, pág. 65; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA. «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo». *Rev. del Consejo General del Poder Judicial*. Nº 60. 2000. Edit Consejo General del Poder Judicial, pág. 258.

En cuanto a las características, como he indicado, la tutela administrativa es la que ostenta la administración pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores[119]. Esta intervención de la Administración, propia de un Estado «social» debe de estar siempre inspirada en los principios rectores recogidos en la LO 1/1996, en concreto el art. 11.2: 1º.– Supremacía del interés del menor; 2º.– El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés; 3º.– Su integración familiar y social; 4º.– La prevención de todas aquellas situaciones de riesgo que puedan perjudicar su desarrollo personal; 5º.– Sensibilizar a la población ante situación de riesgo que puedan perjudicar su desarrollo personal; 6º.– Promover la participación y la solidaridad social; 7º La Objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter interdisciplinar en la adopción de medidas.

Por otro lado como principales características de esta intervención podemos resumir: – Es una verdadera tutela, en el sentido de institución de derecho privado; – Corresponde a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores; – Se asumen por ministerio de la Ley (art. 172 y 199 CC); – Tiene carácter automático, siendo suficiente que la entidad pública competente constate la existencia de una situación de desamparo (art. 172.1 CC); – Tiene lugar ante la existencia de un menor en situación de desamparo (art. 172.1 CC y art. 18 LO 1/1996); –Tiene carácter provisional. Según el art. 172.4 CC se buscará cuando no sea contrario al interés

119 Como ejemplo se puede indicar que dicha Comisión de tutela existe en la Comunidad de Madrid, a través de la Ley 6/95 de 28 de marzo de garantía de los derechos de la infancia y adolescencia de la Comunidad Autónoma de Madrid. Asimismo también existe la mentada Comisión en Aragón, según determina la Ley Ordinaria 12/01 de 2 de Julio de la infancia y adolescencia de Aragón.

del menor, su reinserción en su propia familia, y el art. 21.3 LO 1/1996 señala que en caso de acogimiento residencial, se procurará que dure lo menos posible; – Se ejercita bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 174 CC y 21.4 LO 1/1996), existiendo asimismo el deber de información a los familiares (art. 22 LO 1/1996); – Implica la suspensión de la patria potestad (art. 172.1 párrafo 3).

En general, debemos añadir en este punto, que la función del tutor es procurar su mejor reinserción en la sociedad, siempre dentro de la protección del menor en cuanto al derecho de asistencia[120] de los mismos. En cuanto a los modos de constitución de la tutela o guarda del menor por la entidad pública se puede constituir por tres causas: 1. Por ministerio de la Ley, cuando la propia Entidad tenga conocimiento de una situación de desamparo; 2. A petición de los propios padres o tutores, quienes, si por circunstancias graves no pueden cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad competente que asuma su guarda durante el tiempo necesario. En este caso la entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración, debiendo comunicar al ministerio fiscal cualquier variación.; 3. Cuando así lo acuerde el Juez en los casos que legalmente proceda.

Nos encontramos ante la guarda que asume la entidad pública a instancia de los padres no es en sentido estricto una verdadera tutela, por no poderse calificar la situación del menor como de desamparo, sino que se trata de un supuesto de guarda

120 A. PALMA DEL TESO. «El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores». *Cuadernos de derecho local*. Nº. 4. 2004, pág. 129.

asistencial encomendada transitoriamente a la Administración, cuando los que ostentan la patria potestad, por circunstancias graves, no puedan prestarle la debida asistencia material o moral. Se trata de una medida tuitiva del menor impidiendo que se llegue a una situación de desamparo, siendo indiferente que las circunstancias determinantes de la misma provengan de los propios padres o tutores o de los propios menores o de circunstancias ajenas al ámbito familiar. Por tanto, en principio, la entidad pública asume únicamente la guarda de los menores a instancia de los padres, cuando éstos se encuentren en un estado provisional o transitorio de incapacidad para atender a sus hijos, en cuyo caso la entidad pública asumirá solo la guarda durante el tiempo necesario. Distinto es si la situación no es transitoria sino permanente o mantenida; en esta la entidad pública asumirá, no una mera guarda transitoria del menor, sino la tutela, aunque la acogida del menor haya sido como consecuencia de petición de los padres. Debemos también apuntar brevemente que entre las consecuencias de la asunción de la tutela por la administración la más importante es que la asunción de la tutela por la entidad pública, tutela administrativa[121], lleva consigo la consecuencia de la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Por otro lado y en relación con los diferentes modos de ejercicio de la guarda por la entidad pública, se puede ejercer en dos formar, ya sea a solicitud de los padres o tutores, o ya sea como función de la tutela por ministerio de la Ley: 1.– Mediante acogimiento familiar, que se ejercerá por la persona que determine la entidad pública; 2.– Mediante el acogimiento residencial, que se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

En cualquiera de los dos casos, si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona a quien hubiere

121 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 445.

sido confiado, se podrá solicitar la remoción de esta, existiendo recursos de protección[122] al menor.

Procedo a centrarme en un concreto supuesto en que se origina propiamente la privación de patria potestad y constitución de tutela pública. Y en este caso podemos agruparlos en dos apartados: A) Incumplimientos culpables de los deberes de protección referentes a la guarda de los menores cuando ocasionen a estos, privación de la necesaria asistencia moral o material. Es decir en estos casos concurren dolo o culpa civil traducidos en una actitud de inhibición, desinterés, o despreocupación, palabras todas ellas definitorias de una actuación negligente e irresponsable en la guarda de menores. B) Incumplimientos forzosos con pronóstico de irreversibilidad o estabilización temporal. En interés el menor es razonable que se produzca aquí también la privación de la patria potestad o tutela dada la permanente imposibilidad de ejercicio de los deberes tuitivos. Cuando se formule un pronóstico de futuro debidamente fundamentado en las notas de irreversibilidad o estable proyección temporal, y se acrediten graves perjuicios al menor, derivados de todo ello, nos hallaremos ante este supuesto. En la Jurisprudencia de Audiencias, al tratar de la guarda son continuas en este contexto las referencias a desamparo culposo, descuido o desinterés.

La situación de desamparo, ha de considerarse como una situación fáctica, querida o no en la que se encuentren los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determinado por Ministerio de la ley. Se produce la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territo-

122 J. OCÓN DOMINGO. «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España». *Rev. del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Nº 4. 2003, pág. 15.

rio esté encomendada a la protección de los menores, e implica la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder a sus padres naturales.

El elemento fundamental y presupuesto necesario para asumir esta tutela es la declaración de desamparo. La indicada declaración es necesaria para garantizar la estabilidad física y psíquica del niño; la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia de desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común. El reconocimiento del derecho, tanto del menor, como de los propios padres, a que el niño crezca y sea educado en el seno de la familia natural es sancionado en el ámbito incluso del Derecho Internacional, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, pero la tutela de los padres cederá frente a la Administración en aquellos casos en que se advierta que la salud o el bienestar del menor peligra gravemente, y en estos casos dispone expresamente el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20-11-1989, que *«Los Estados velarán por que el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño»*. También el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, descuido o trato negligente.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordi-

naria. Expuesto por tanto que existe la posibilidad de que los padres puedan solicitar la ayuda o auxilio de las instituciones, debemos estudiar en que casos se puede llegar al extremo de la asunción por parte de la administración de la tutela. Nos encontramos con el caso en que los padres, debido a problemas por ejemplo de salud, de conflictividad en la pareja o en la familia se ven en la imposibilidad de atender los requerimientos y atención que exige la adecuada educación del menor, es decir, no ya imposibilitados para los deberes de alimentos o compañía, sino de su educación y lo que podemos denominar «control» de actitudes, acciones, comportamiento u obligaciones docentes por lo que se ve en peligro el futuro del mismo y su formación integral (art. 154.1 CC), debido, como puede ser el caso a la incapacidad de los padres para controlar las amistades del menor y sus actividades fuera del entorno familiar. Entiendo que esta situación está indisolublemente unida a la actual realidad social en que se desenvuelven las relaciones e influencias que de las obligaciones socio-laborales se derivan a las paterno-filiales y viceversa. Las tensiones a que se ve sometido el entorno familiar que llevan incluso a extremos como la necesidad incluso de asistencia psicológica a alguno de los padres o a ambos, inevitablemente repercute, reitero en casos extremos, en la educación de los hijos, hasta tal punto que los padres se consideren incapaces de continuar con la misma. Es en este momento cuando llegamos al caso de que aparece la necesidad de solicitar ayuda externa de las instituciones para que colaboren con la familia en el sentido anteriormente indicado.

Es lo habitual que, en primera instancia y de manera preventiva, estas instituciones intentan la implantación de medidas de colaboración con la familia para que el menor continúe dentro del ámbito familiar. Con el objetivo primero de que continúe la convivencia del menor con uno u otro de los progenitores,

se intenta ayuda psicológica a toda la familia y como segunda opción si lo anterior no da resultado que pase a convivir con otros parientes (abuelos, tíos o hermanos) o allegados del menor, medidas todas ellas orientadas a la defensa del principio básico de la protección del menor.

Este se recoge en el art. 172 CC, y al que alude de forma directa el art. 39 CE. No obstante lo anterior, puede ocurrir que a pesar de llevar a cabo tales medidas, estas no resulten productivas, por lo que los padres pueden llegar incluso a solicitar que la tutela sea asumida por la Administración competente. Todo este proceso habrá sido minuciosamente seguido por la Administración, en cuando a estudio de las causas, posibilidades, seguimiento del menor y la familia y si finalmente se entiende que no cabe por el momento otra solución, el menor podría pasar a encontrarse bajo la tutela de la administración que asumiría por tanto la misma. Se llegaría a declarar que el menor se encuentra en situación de desamparo. El art. 172 CC ante mencionado, al hablar de la tutela de la entidad pública, reafirman el principio de búsqueda del interés del menor, procurando, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia. Así se determina por la Jurisprudencia al respecto, que como indicamos tiene en cuenta el interés del menor; resolución administrativa procedente si el menor está suficientemente asistido bajo la tutela de los Tribunales y del Ministerio Fiscal; es en este ámbito, bajo los principios de preferencia y primacía de la actividad judicial de amparo del menor donde deben desarrollarse las vicisitudes que le afecten.

Cuestión determinante del actual sistema de protección de menores es la situación de desamparo que hemos indicado, se ha de examinar minuciosamente, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso concreto y al fundamental interés del menor pero sin desconocer la necesaria protección de la

situación familiar a que pertenece dicho menor, por lo que será necesario buscar un equilibrio entre el beneficio del mismo y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que solo se estima la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común ya que en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten otros derechos e intereses en juego.

En este sentido podemos indicar que existen fases de atención de los menores en situación de riesgo o desamparo: a) Actuación de las entidades públicas: grave para separar al hijo del núcleo familiar. – Respecto de los menores en situación de riesgo social: Los Servicios Sociales Municipales se ocupan de los casos de los mismos en situación riesgo social, es decir, cuando la situación no es lo suficientemente; – Respecto de los menores en situación de desamparo: La Comisión de tutela del menor (es éste un órgano habitualmente de ámbito autonómico es el órgano encargado de determinar la retirada de la misma en caso de los menores que se encuentren en situación de desamparo. El interés del mismo es lo primordial a considerar por la Administración que interviene.

La intervención en sí debe influir lo menos posible en su ámbito educativo. b) Fase judicial: Puede ser: –Posterior a la administrativa: las decisiones de las Comisiones de tutela con las que los propios padres del menor u otras personas que acrediten su relación con el mismo no estén de acuerdo, se pueden recurrir en los Juzgados de familia, manifestándolo por escrito ente el Juzgado y adjuntando una fotocopia de la resolución que recurren; – Previa a la administrativa: a través de un procedimiento por el que se solicite alguna medida para proteger a un menor que se sabe que se encuentra desamparado o en

situación de riesgo, antes de que lo conozcan las autoridades públicas correspondientes. Ejemplo: abuelos que pretenden obtener la guarda y custodia de sus nietos porque sus padres no los atienden.

Nuestra Constitución en su artículo 39 consagra tanto la protección de la familia como a la infancia, por lo que debe prevalecer la idea de convivencia directa de los padres con los hijos de modo que sólo cuando los deberes inherentes a la patria potestad se encuentren gravemente incumplidos o cuando sea imposible su cumplimiento, puede acudirse al medio que estamos tratando en concreto, pero aún en estos casos es necesario que los hijos se relacionen con los padres.

En cuanto al concepto de acogida que es tratado en el art. 172 CC (y tutela según el art. 199 CC) parte de una situación de hecho que es la de desamparo del menor, para la que prevé varias posibilidades: a.– Tutela *ex lege* de la entidad pública a la que corresponde la protección de los menores; b.– Constitución de la tutela de forma ordinaria, en atención al beneficio de los mismos, nombrando tutor a quien haya en algún modo, tenido una cercanía o convivencia con él, de modo que pueda sentirse éste en un clima más familiar o cercano; c.– Acogimiento transitorio por entidad pública del menor que se encuentre en una situación temporal de desamparo.

Como he expuesto se considera que la situación de hecho de desamparo, se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Por tanto la situación de desamparo exige que concurran dos requisitos, un incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de los deberes de guarda del menor y, como consecuencia de lo

anterior, la privación al mismo de la necesaria asistencia moral y material. En estos casos, la Administración tiene la facultad y el deber de asumir la tutela y de promover la declaración de desamparo, pero ello no significa que le corresponda tal facultad con un carácter exclusivo y excluyente, sino que podrá ser asumida la tutela, en su propio beneficio, por la persona idónea para ello, lo que daría origen a una guarda provisional del menor desamparado por parte del ente público, hasta que se le provea de un régimen idóneo de tutela, que representaría la consolidación jurídica de una situación fáctica, que se estima como óptima para el menor.

En consecuencia la tutela *ex lege* que corresponde a los entes públicos puede darse en dos casos: a.– Por faltar la patria potestad, produciéndose una situación de hecho de desamparo del menor que puede legitimar una actuación inmediata de la Administración; b.– Aún existiendo la patria potestad, se produzca un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma o su imposibilidad de cumplimiento.

Respecto al concepto de desamparo, la LO 1/1996 emplea el término de desprotección social del menor, para referirse a todas aquellas situaciones que perjudiquen el desarrollo personal o social del mismo. No todas las situaciones de desprotección social tendrán la misma gravedad. Podemos considerar que la LO 1/1996 distingue entre: 1º.– Situaciones de riesgo (art. 17 LO 1/1996) que son aquellas que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, sin que requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley; 2º.– Situación de desamparo (art. 172 CC), la que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. El art. 40 Ley 1/1998, distingue también la

situación de conflicto social, cuando el menor por situación de grave inadaptación pudiese encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismo o a otros. En estos casos, la administración competente tiene la obligación de actuar. No obstante solo la situación más grave, la de desamparo, dará lugar a la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. En los casos de existencia de una situación de riesgo, la administración, deberá garantizar en todo caso los derechos que le corresponden y se dirigirá a minimizar los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la cuestión personal y social en que se encuentre y promover los factores de protección del menor y su familia. Se considera que la situación de desamparo, contempla dos aspectos: a.– Omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres o tutores de sus deberes de protección; b.– Que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material. El análisis de ambos puntos debe hacerse de forma objetiva, y será indiferente si es omisión o ejercicio inadecuado es imputable a los padres o a circunstancias de hecho. Se entiende que el desamparo, voluntario o no, ha de ser siempre estimado restrictivamente, de tal manera que solo se estime su existencia cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común. Se considera un sistema de protección del menor. En consecuencia existe desamparo siempre que nos encontremos ante un menor privado de la necesaria asistencia moral y material. A este respecto la asistencia material parece clara, tener al hijo en su compañía, alimentarlo y educarlo. La asistencia moral es un concepto mucho más impreciso, podemos centrarlo en procurarle una formación integral y en el derecho del menor a desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad, y asimismo el derecho al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

Por tanto, es posible concretar que la administración asume la tutela de los menores tras la declaración de desamparo, y en tal caso quedan los padres o tutores, privados de la patria potestad. Si los padres se encuentran en la necesidad de solicitar la ayuda externa de las instituciones puesto que se encuentran en un caso extremo de imposibilidad de atención de los menores, efectivamente es posible acudir a la vía de la administración, pero siempre con un carácter temporal, ya que se entiende que pensando en el interés del menor, es lo más conveniente la reinserción familiar y la unidad fraterna como criterio principal, dada cuenta de que el menor tiene derecho a ser educados en el ámbito de su propia familia, y los acogedores están obligados a favorecer la reinserción del menor en su familia de origen. En consecuencia el principio enunciado subraya la subsidiariedad de la intervención administrativa y la provisionalidad de la tutela y guarda públicas que han de orientarse a reinsertar al menor en su familia de origen. En cualquier caso, el interés del menor es el que definirá la respuesta definitiva.

5.2. INTERÉS PRIMORDIAL DEL MENOR

5.2.1. Origen del principio del interés primordial del menor. Legislación

Se comprueba que es inherente a cualquier concepto o definición que escojamos de «familia» el estudio de la situación de los menores, ya que aparece en todo tipo de legislaciones[123] como punto esencial la atención de los hijos y de los menores[124] existiendo

123 N. CAMPS MIRABET. *Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*. (A. PADIAL ALBÁS; M.A. TOLDRÁ I ROCA. Coord.); Lérida. 2004; Edit. Tirant Monografías, pág. 17.

124 S. NAVAS NAVARRO. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (A. CABANILLAS SÁNCHEZ. Coord.). *Vol. 1, Derecho Civil. Parte general*. Madrid, 2002. Edit. Civitas, pág. 951.

legislación concreta[125], así como regulación general, en Constitución Española, Código Civil o cualquier análoga legislación[126] a cuyo contenido deberemos acudir. Se puede indicar que la denominación «interés superior del menor» aparece por primera vez en Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980[127] (*best interest of the children).*

No obstante es posible antes de entrar en dicha cuestión, comentar previamente algunos contenidos del Derecho de la Persona, definiendo este, en sentido estricto, como «*el conjunto de normas que regulan la situación de la persona como tal en el ordenamiento jurídico civil*»[128] Parecería en este concepto amplio que se incluyen los derechos de los menores, sin embargo realmente este derecho se ocupa únicamente de la regulación de los aspectos más generales y nucleares de la situación de la persona física ante el Derecho. La base normativa se encuentra en el Libro I del CC y no incluye en su estudio lo relativo a las instituciones familiares (dentro de la cual se encontraría el punto a estudiar, esto es, las instituciones de protección y guarda de menores), sin embargo sí se incluyen los derechos de la personalidad, de lo que podemos extraer datos de nuestro interés.

---

125 Como ejemplo incluso en la legislación penal, que es específica: Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (*BOE* Nº 11 de 13 de enero de 2000) Y referido a protección de menores: Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (*BOE* Nº 175 de 23 de julio de 2015).

126 M.C. PASTOR ÁLVAREZ. «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica». *Anales del Derecho. Educatio Siglo XXI.* Nº 2. Vol. 30. 2012, pág. 181.

127 [123] Convenio de 25 de octubre de 1980. Entrada en vigor: 1-XII-1983. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en La Haya el 25 de octubre de 1980. Publicado en: «*BOE*» núm. 202, de 24 de agosto de 1987, páginas 26099 a 26105.Sección: I. Disposiciones generales Departamento: Jefatura del Estado Referencia: *BOE*-A-1987-19691.

128 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ; P. De PABLO CONTRERAS, M.A. PEREZ ÁLVAREZ; M.A. PARRA LUCÁN. *Curso de Derecho Civil. Volumen I. Derecho Privado, Derecho de la persona*. Madrid, 2011. Cuarta Edición. Edit. Colex, pág. 329.

Estos derechos de la personalidad pueden definirse como derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, tanto en su vertiente física como espiritual[129]; es evidente que ello es la base para tratar todo el tema de la protección y del interés del menor, que todavía si cabe se debe considerar superior. Como sabemos podemos enunciar estos derechos en los siguientes: Derecho a la vida y a la integridad física (vertiente física), y derecho al honor, intimidad e imagen (vertiente espiritual).

Todos estos derechos se encuentran determinados como Derechos Fundamentales en nuestra Carta Magna, así en concreto: El art. 15 CE, determina como *todos tienen derecho a la integridad física y moral.* E igualmente el art. 18 CE constata que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

Esta legislación, es la base para tratar con posterioridad especialmente los derechos, protección e interés del menor. Como se observa el indicado art. 18 CE garantiza especialmente *la intimidad familiar* y por tanto se concreta como derecho fundamental. Se puede decir que en este núcleo familiar, se encuentran los menores, como interés primordial. Y por tanto procedo a concretar la referencia al *menor* propiamente dicho, ello teniendo en cuenta que toda la normativa legal reguladora de las relaciones paterno-filiales está informada por el criterio supremo de hacer primar el interés del menor, de tal manera que los acuerdos sobre su cuidado deben resolverse atendiendo al principio del beneficio e interés de dicho hijo menor[130].

---

129 C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii*. *Curso de derecho civil. Derecho de la persona… Op. cit.*, pág. 551.

130 S. TAMAYO HAYA. «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia». Secc. *Estudios doctrinales Rev. de Familia*. Nº 41, 2008, pág. 46.

Por ello, consta en legislación internacional[131], y en nuestro estado, comenzando por nuestra Carta Magna, además del esencial artículo 39 (Protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, imponiendo además que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio), existen otros preceptos en el texto constitucional que inciden en la defensa de los menores como el apartado 4 del artículo 20, que reconoce como límite en el ejercicio de la libertad de expresión la protección a la infancia, o el artículo 27 que regula el derecho a la educación. En lo referente a la protección de la infancia nos encontramos en este texto con la utilización de dos términos que tienen clara repercusión jurídica (hijo y menor de edad), con otro «niños», con el que la Constitución se refiere a la generalidad de la infancia. Esta circunstancia supone que ciertamente la diferencia entre «hijos» y «niños», tiene un alcance jurídico. Hay que tener clara la circunstancia que aunque por ser obvia no puede ser olvidada, referida a que la condición de hijo acompaña a la persona durante toda su vida, pero no va necesariamente unida a la de niño, que comprende un tiempo limitado. Así he de reiterar que hay deberes que se perpetúan durante toda la vida. El deber de asistencia de los hijos menores de edad recae sobre los padres, tal como señala el apartado 3 del art. 39. Este concepto de asistencia implica tanto la satisfacción de las necesidades materiales como las que corresponden a su personalidad.

Por tanto y como he expuesto con antelación, tiene relación con el derecho de familia los derechos de la personalidad, puesto que este art. 39 CE establece en su párrafo 1 como *los*

131 M. HERRANZ BALLESTEROS. «El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado». Valladolid 2004. Edit Lex Nova, pág. 248.

poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia[132].

El principio de protección de la familia impone a los poderes públicos ejercer sus responsabilidades de protección de los hijos produciendo la menor injerencia posible en la vida familiar[133], haciendo llegar a ésta todos los recursos, fundamentalmente sociales, que pueden necesitar para afrontar sus responsabilidades de crianza y educación de los hijos y agotar todas las posibilidades de permanencia del menor con su familia, antes de enfrentarse a estas situaciones con instrumentos como la tutela automática del artículo 172 CC, sobre todo si la situación de desamparo del menor es debida a la falta de recursos económicos básicos y necesarios.

Así la familia no queda al margen de la intervención de los poderes públicos, sino que constituye un elemento importante de la estructura social, a la que en consecuencia, deben ayudar social, económica y jurídicamente[134]. La justificación de la intervención administrativa en el núcleo familiar, se ampara en la superación de la identificación entre familia y Derecho civil de familia como realidades en las que no era posible actuación pública alguna. No obstante al tratarse de un ámbito en el que coinciden dos ordenamientos distintos debe recalcarse el carácter subsidiario de la actuación pública respecto de lo que son las responsabilidades que en primer término corresponden a quie-

---

132 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Curso de Derecho civil. Derecho de la persona… Op. cit.*, pág. 33.

133 M.C. DÍAZ SIERRA. *El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del interés superior del menor. El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El niño como sujeto de derecho; El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas*; Mendoza, Argentina. Vol. 2. 1998, pág. 125.

134 C. GONZÁLEZ PREPOUZO. *El interés superior del menor desde la perspectiva del derecho internacional privado. El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El niño como sujeto de derecho; El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas*; Mendoza (Argentina). Vol. 2. 1998, pág. 72.

nes tienen los menores a su cargo. Por tanto, sólo en tanto éstos falten al cumplimiento de sus deberes respecto del menor, se aplicarán las medidas de protección previstas legalmente.

Pero en un grado más de proximidad al núcleo familiar[135] y de forma más directa, los poderes públicos articulan servicios y prestaciones concretas de ayuda a los padres en el cumplimiento de sus funciones. Este conjunto de medidas se enmarca dentro de las instituciones de protección previstas concretamente para abordar y reducir, en la medida de lo posible, las llamadas situaciones de desprotección que no alcanzan la gravedad suficiente como para proceder a la declaración de desamparo. En tales casos los poderes públicos, articulan un sistema de ayudas económicas y técnicas para ayudar a las familias sin recursos en la formación, y asistencia en general, de sus hijos menores. La ayuda[136] directa a la familia se configura como una medida de protección más para que aquella pueda asumir plenamente sus responsabilidades. Por ultimo entre las prestaciones o servicios de asistencia a la familia para el cumplimiento de sus funciones cabría considerar incluida la asunción de la guarda voluntaria por la entidad pública competente cuando los padres se dirigen a aquella y solicitan a ésta que asuma transitoriamente la guarda del menor, ejerciéndola a través del acogimiento familiar.

El Derecho habitualmente ha organizado el tratamiento jurídico de la niñez atendiendo tanto a la inserción familiar del niño

---

135 M.A. CALZADILLA MEDINA. *El interés del menor en las reformas del derecho de familia. Familia matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: Jornadas internacionales sobre las reformas de Derecho de Familia. Ponencias y comunicaciones*. (F. YÁNEZ VIVERO; A. DONADO VARA, M.F. MORETÓN SANZ; C. LASARTE ÁLVAREZ. Coord.) Madrid, 2005, pág. 571.

136 G. CARBONELL BENITO. *El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del defensor del menor y del ministerio fiscal. La protección del menor*. coord. por Valles Copeiro del Villar, A; Madrid, 2009. Tirant lo Blanch, pág. 131.

como a sus posibilidades reales de valerse por si mismo según el grado de madurez alcanzado, tomando la edad, por su carácter objetivo, como criterio para determinar la aplicabilidad del régimen jurídico. De este concepto como criterio estructurador de la regulación de esta materia, surgen los conceptos de menor de edad (entendiendo en un primera aproximación que lo es quien no puede valerse por si mismo a efectos jurídicos), su opuesto, el de mayor de edad, o en su caso de menor emancipado (quien siendo menor de edad se le habilita a efectos jurídicos como con mayoría de edad). Partiendo de estas premisas desde el punto de vista formal del Derecho español[137], la minoría de edad es un estado civil en que se encuentra la persona hasta que cumple los dieciocho años (siempre que no sea emancipado).

El contenido básico del régimen aplicable a los menores, está formado por dos elementos: la sujeción del menor a la institución protectora que corresponda y la limitación de su capacidad de obrar. En efecto la menor edad se caracteriza principalmente por la protección que merece quien se encuentra en ella y que le es prestada básicamente mediante las instituciones de la patria potestad y la tutela a las cuales queda sujeto, así la sujeción del menor a la patria potestad o tutela implica en general que la guarda de la propia persona del menor corresponde a los titulares de las funciones tuitivas, dejando sentado que el ejercicio de estas funciones debe perseguir siempre el interés superior del menor. Como he indicado el segundo rasgo es la limitación de la capacidad de obrar, ello conlleva técnicamente la representación legal, esto es la limitación de dicha capacidad en los menores conlleva que sea suplida por los padres o tutores. Ello precisamente a los efectos de proteger al menor, para ello el ordena-

137 M.C. PASTOR ÁLVAREZ. «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica». *Anales del Derecho*. Nº 15. 1997, pág. 182.

miento jurídico organiza un sistema de protección[138] del mismo que supla, lo que podemos llamar su invalidez, mediante unas instituciones protectoras: tutela, acogimiento[139], guarda de hecho y adopción[140].

Al respecto de este interés del menor, en relación con lo antes expuesto sobre la patria potestad, debo indicar que es realmente trascendente, puesto que redunda en beneficio del hijo, el límite a la actuación de los padres[141] y, por tanto, los comportamientos de los mismos que no respondan a tal finalidad resultan inaceptables[142].

La trascendencia del análisis de la situación de los hijos frente a las crisis de familia en que estaban integrados es siempre estudiada y tratada debido a que lleva aparejada variadas transformaciones en las relaciones humanas y patrimoniales que eran diferentes cuando existía convivencia familiar. La resolución de los casos cuando están involucrados menores de edad es siempre complicada no pudiendo atenderse a un hecho concreto[143]; la solución debe ser global, fundándose en criterios valorativos y subjetivos, con referencia a las peculiaridades y el contexto de las situación a decidir.

---

138 G. VELAMAZÁN PERDOMO. «El interés del menor: Acercamiento crítico al sistema de protección de menores». *La Toga*. Nº 138. 2002, pág. 10.

139 M.F. ALCÓN YUSTAS. *El interés del menor en el acogimiento familiar. Nuevos retos que plantean los menores al derecho: II Jornadas sobre Derecho de los menores* (I.LÁZARO GONZÁLEZ; I. MAYORAL NARROS. Coord.); Edit. Univ. Pontifica de Comillas. 2004, pág. 364.

140 Código Civil. Capít. V. Art. 172 y ss.

141 I. MIRALLES GONZÁLEZ. «El interés del menor y la privación de la patria potestad». Aranzadi civil: revista doctrinal. Nº 2, 2004, pág. 2005.

142 V.L. MONTES— E. ROCA (coord.) *Et alii. Derecho de Familia*. Valencia 1995. Tirant lo Blanch, pág. 466.

143 F.J. FERRER ORTIZ. *Simposio de Derecho de Familia. Factores y contenidos en la evolución del derecho de familia*. Montevideo, 2008. Edit. Univ. de Montevideo, pág. 16.

La naturaleza de estas cuestiones impide que puedan ser resueltas atendiendo solamente a los genéricos mandatos legislativos; es imprescindible que se tomen en consideración otros elementos que inciden de manera fundamental en ello como son los elementos extrajurídicos[144] (psicológicos, económicos, o sociológicos) que se equiparan en importancia a los legales.

En cuanto a los actos relativos a la propia persona del menor, y en relación con el mantenimiento de relaciones con parientes y allegados, el menor con capacidad natural bastante puede solicitar al Juez que le permita relacionarse con ellos, en caso de que el titular de la institución de guarda legal se lo impida. Asimismo en cuanto a los actos del menor para su protección y en relación con el denominado *derecho a ser oído*, el menor debe ser oído cuando se adopten decisiones que le afecten[145]. El trámite de audiencia de los menores (mayores de doce años según la LEC), tiene el valor adicional de proporcionar al Juez un medio para conocer directamente los deseos de los hijos, lo cual es un elemento importante a tener en cuenta en la búsqueda del beneficio del menor.

En este sentido no obstante considero conveniente dejar adelantado, que existen serias dudas acerca de la conveniencia de la obligatoriedad de dicho trámite en los procedimientos de mutuo acuerdo en que los padres han acordado unas medidas en relación con los hijos (y se entiende que las han adoptado de forma presumiblemente responsable). En tales casos y salvo que el Juzgador entienda que los acuerdos contenidos en el conve-

144 J.F. FRANCO YAGÜE. «Los equipos técnicos en el procedimiento: la valoración del interés del menor». *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*. Madrid. Nº 6. 2000, pág. 26.

145 M. CABALLERO RIBERA; M. BOJANE. «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en al determinación de su interés?». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 6. 1996, pág. 1486.

nio sean dañosos para los menores, parece que el perjuicio que pueda ocasionarse al hijo, al verse involucrado directamente en el proceso judicial, es mayor que el beneficio que para él pueda derivarse de su audiencia. Quizá sería aconsejable, precisamente en materia de protección de los intereses de los menores, realizar un estudio para determinar en cuántos de los procesos de mutuo acuerdo en que han sido oídos los hijos, el Juez ha solicitado la modificación del convenio presentado en cuanto a alguna de las medidas que les afecten.

El principio del interés superior del niño ha sido recogido en todas las legislaciones más destacadas en la protección y promoción de los menores de edad y de hecho supone uno de los hitos fundamentales en la evolución del Derecho de menores[146]; la constante apelación a tal interés tiene una justificación objetiva en la situación de vulnerabilidad del niño y debe aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Y en consecuencia también en las situaciones de crisis matrimonial. Para su correcta aplicación es fundamental la delimitación conceptual de este principio al cual se refiere la ley partiendo del menor como persona y como sujeto de derechos.

La utilización del principio del interés superior es muy antigua, ya la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 en su principio segundo establece que «*la humanidad debe dar al niño lo mejor que tiene*» y respecto a esto he de destacar la Convención sobre los Derechos del Niño que es el instrumento jurídico de carácter general más relevante que ha sido adoptado para la protección internacional de la infancia, la cual recoge dicho

146 E. JULIO PETTIGIANI. *El interés superior del menor: ¿es superior a otro interés?. El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Familia. El niño como sujeto de derecho, El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas.* Vol. II. Mendoza (Argentina) 1998, pág. 3.

principio en varios artículos e implícitamente en la generalidad de su articulado. En concreto se utiliza en relación con la separación del niño del entorno familiar así como en lo referente a la responsabilidad de los padres en cuanto a la crianza y el desarrollo del niño.

Desde la creación de las Comunidades Europeas sus distintas instituciones han ido aprobando numerosos instrumentos de diversa naturaleza jurídica y diversa amplitud sobre los derechos fundamentales y en concreto sobre los derechos del niño[147]. En esta evolución ha resultado primordial la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[148] pues recoge en un único texto por primera vez el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos, y sociales de los ciudadanos europeos. La Carta recoge artículos concernientes a los menores de edad y con relación al menor establece el artículo 24: «*1.– Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2.– En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades políticas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3.– Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, salvo si son contrarios a sus intereses*».

147 A. DURÁN AYAGO. *La necesaria elaboración de una normativa comunitaria sobre menores no acompañados nacionales de terceros estados inspirada en el principio del interés superior del menor. Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los derechos del Niño* (C. VILLAGRASA ALCAIDE; I. RAVETLLAT BALLESTE. Coord.). 2009. Edit. Bosch, pág. 480.

148 Publicada en DOCE de 28 de diciembre de 2000, aprobada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo de Ministros, y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000.

El Parlamento Europeo ha venido desarrollando una amplia actividad en el marco de la protección de menores y son muy abundantes las resoluciones dictadas, entre ellas la Carta Europea de los Derechos del Niño que, a este respecto, establece en su artículo 8.14 que: «*Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa o salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído en todo momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten (…) En la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño*».

Este principio, tiene reflejo en las legislaciones estatales[149], y en concreto en nuestro país[150] y como he indicado ya, en la Constitución, al enumerar en el capítulo III, título I, los principios rectores de la política social, y económica, haciendo mención en primer lugar, a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con carácter singular, la de los menores. Y asimismo en el resto de legislación, entre otras, y en resumen podemos indicar: la Ley Orgánica[151] de Protección Jurídica del Menor[152], que ya en su

149 S. NAVAS NAVARRO. *El interés del menor desde una perspectiva comparada. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (A.CABANILLAS SÁNCHEZ. Coord.). Derecho Civil. Parte general. Vol. 1. Madrid, 2002. Edit. Civitas, pág. 690.

150 J. ORDUÑA MORENO. *El influjo del derecho privado europeo en la metodología del Código Civil. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (A. CABANILLAS SÁNCHEZ. Coord.) Derecho Civil. Parte general. Vol. 1. Madrid, 2002 Edit. Civitas, pág. 716.

151 Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor de modificación del CC y de la LEC. *BOE* 17 de enero 1996.

152 A. MARTÍN SÁNCHEZ. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar. El interés del menor en la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor y en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, reformadas por las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000 de 23 de diciembre*. Madrid, 2002. Edit. Dykinson, pág. 149.

art. 2 determina el interés superior del menor como primordial, exponiendo el apartado 2 de dicho artículo criterios generales[153] para la interpretación de dicho interés. Asimismo, en concreto en su artículo 11 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés del menor. La ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero, en la cual se recoge expresamente el interés del menor en la regulación del proceso de separación o divorcio matrimonial de mutuo acuerdo (art. 777.8). El Tribunal es garante de que el convenio no perjudique el interés de los hijos. Para ello contará con la asistencia del Ministerio Fiscal y deberá oír a los propios hijos, si reúnen los requisitos fijados por la Ley. Y por supuesto el Código Civil, que en relación a los efectos de la nulidad, separación o divorcio, «*las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos (…)*», la misma cuestión en cuanto a las relaciones paterno-filiales, prescribiendo que «*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos (…)*».

En este aspecto hay que tener en cuenta, especialmente, el valor de la educación, la CE proclama en su artículo 27, el derecho de todos a la educación. Se trata de un derecho genérico, pero sobre todo debe entenderse como un derecho de prestación por parte de los poderes públicos. Consecuencia de este precepto, la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de Julio, reguladora del derecho a la educación señala en su artículo 1º, el derecho a la educación de «todos los españoles». También la LOGSE afirma la no discriminación en lo que se refiere al ejercicio del derecho a la educación. Desde el momento del nacimiento son necesarias medidas que garanticen la aplicación del principio de igualdad y el goce de los

153 Art. 2 LO Protección del menor.– *(…) 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 (…).*

derechos del niño. Podemos hacer un apunte en cuanto a este interés del menor ya que el indicado art. 27 CE en su párrafo tercero determina que los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones[154]. Estos principios se extienden al tratamiento jurídico de la filiación, pues la Constitución, exige igualdad plena de los hijos respecto de los padres. Debe tenerse en cuenta que no obstante, no cabe en este aspecto la aplicación de criterios estereotipados dado que si bien los seres humanos obedecen de ordinario a reglas generales, cada uno constituye una individualidad irrepetible y singular[155] y más si cabe en estos supuestos que nos encontramos, ante menores.

Según el resumen de exposición de estas normas podemos deducir que el interés del menor[156] ha pasado a ser de ser un principio presente implícitamente en muchas leyes, a ser una realidad contemplada expresamente, basándose en una concepción del Derecho eminentemente finalista y en aras de la claridad y seguridad. El interés superior del niño se convierte en uno de los puntos fundamentales del nuevo sistema de protección de los menores. Por ello en cuanto principio general tiene una configuración necesariamente genérica y abierta, lo que posibilita su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que de antemano no se puede prever totalmente y a los cambios que vayan produciéndose con el correr de los tiempos.

---

154 M.B. RODRIGO LARA. «La Libertad religiosa y el interés del menor». *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*. Nº 17. 2001, pág. 410.

155 L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *El menor en las crisis matrimoniales de sus padres*. Madrid, 2002. Edit. Dykinson, pág. 21.

156 F. RIVERO HERNANDEZ «El interés del menor» *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* (R. HERRERA CAMPOS. Coord.) Vol. 3. Madrid, 2000. Edit. Dykinson, pág. 1540.

Y ello lo indico porque el interés del menor debe operar en todos los casos donde se halle involucrado el mismo, siendo este superior[157], ya que este no es un mero elemento subjetivo de la patria potestad o de la tutela, sino el centro de gravedad de esas instituciones, el protagonista principal, como persona a proteger y cuyo interés es el más valioso y especialmente protegido[158], y así el Derecho ha de desarrollar todos los mecanismos para que ese interés se garantice efectivamente, pero el legislador no puede prever de antemano todas las peculiaridades de la realidad y por ello a menudo recurre a conceptos indeterminados. Estos conceptos que también se llaman normas flexibles, aparecen en mucha parte de la legislación, tales como: buen padre de familia, «buena fe», o el concepto de respeto, como indico son conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido podemos indicar que efectivamente el concepto de «custodia» de un menor tras una crisis matrimonial[159], conlleva unas obligaciones respecto al menor (aunque también derechos respecto al progenitor) que no puede exponer el legislador, aludiendo por ello estos conceptos, así en concreto determina el CC al hablar de custodia , la cual es tratada en el Titulo IV, capítulo XI, *De los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio,* artículos 90 y siguientes, en relación al cuidado de los hijos.

El interés superior de los niños, es la consideración primordial a atender en todas las medidas concernientes a ellos que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas, los tribunales[160], las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

---

157 M.D. FERNÁNDEZ CASADO. *Una aproximación al principio del interés superior del menor. Protección jurídica del menor*. Granada. 1997. Edit. Comares, pág. 250.

158 F. RIVERO HERNANDEZ. *Op. cit.*, pág. 134.

159 L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio. El menor en la legislación actual*, Madrid, 1998. Edit. Fundación Antonio de Nebrija, pág. 102.

160 L. ZUMAQUERO GIL. *El interés del menor en los Tribunales Españoles. La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en*

Se puede indicar que este principio del interés del menor se encuentra compuesto de elementos fundamentales que quedan fijados además de lo que indica su propia terminología, esto es noción de menor y consideración del menor como persona, su condición de sujeto de derechos, la protección del libre desarrollo de su personalidad y dignidad, y la participación de los menores en las decisiones que les afecten.

Realizando un resumen de estos elementos, debemos determinar, en cuanto a *noción de interés*[161] que es ésta una categoría jurídica fundamental al considerar el Derecho como un medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona y de la sociedad, en este supuesto el interés del menor incluye el bienestar material y derecho de alimentos[162], tanto en el sentido de alcanzar un cómodo nivel de vida, como en el sentido de asegurar el mantenimiento de la buena salud física y mental, determinando que aunque debe tenerse en cuanta lo material, es fundamental la estabilidad y la seguridad, el cuidado y educación que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter y personalidad, por tanto la meta a alcanzar está en el bienestar material, en el moral-espiritual y en el afectivo. Igualmente en cuanto a *menor de edad como persona*, nos encontramos ante una peculiaridad ya que exige una protección[163] especial.

---

conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño (E. GONZÁLEZ BOU. Coord.). Madrid, 2010. Edit. Marcial Pons, pág. 50.

161 F. SANTOS URBANEJA. «¿Qué significa el interés del menor?». *Rev. de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*. Nº 15, Madrid, 2002, pág. 272.

162 I. TENA PIAZUELO. La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda. Pamplona, 2015. Edit Thomson Reuters, pág. 68.

163 V. PELAEZ PEREZ. *La defensa del menor: el interés superior del menor. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. Madrid, 2002. Edit. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pág. 701.

También hay que tener en cuenta en este sentido, que para el Derecho es menor tanto un bebé como un adolescente de quince años, por tanto se habla del concepto «menores de edad», ya que ambos como indico requieren especial atención, pero de diferentes modos, ya que el niño de pocos años precisa que alguien se ocupe de él material, moral y psíquicamente, y por ello su capacidad de actuar es casi nula, por lo que la ley la trasfiere íntegramente a otra persona (dependencia total), el menor adolescente, en cambio, va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad, y es capaz de formarse progresivamente ideas que dan cierta posibilidad de comprensión y elección y le permiten tomar conscientemente algunas decisiones, lo que le confiere una autonomía vital. Además debe reconocérsele su interés en madurar, facilitando y cooperando en que su proceso de desarrollo hacia la madurez sea lo más pleno posible. En cuanto a los *derechos fundamentales*, el interés del menor está en que le sean respetados todo sus derechos[164], pero considero que el derecho básico es del de ser atendidos conforme a su personalidad y con pleno respecto a sus derechos.

Para que sean eficaces es necesario que existan instituciones realmente efectivas que los garanticen. No obstante una de las cuestiones más trascendentes según la opinión de muchos autores es que se considera el interés superior del niño como irresolublemente indeterminado, ya que se tiene en cuenta la influencia de la cultura sobre el sistema de valores de una sociedad.

Se plantea la cuestión de hasta que punto cabe hablar de derechos humanos universales, habida cuenta de las grandes

164 A. PAÑOS PÉREZ. «El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor». *Actualidad Civil*. Nº. 8, 2012, pág. 34.

diferencias existentes en los campos socio-económicos, religioso y cultural en el mundo. Sin embargo debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales vienen a constituir, en cuanto valores esenciales, necesidades básicas de los niños, un elemento primordial, estable y universal, en la determinación del interés del menor. Es asimismo importante la *participación del menor en la precisión de su propio interés*[165], hay que tener en cuenta que son indudables los riesgos que conllevan dejar totalmente en manos del menor la determinación de su interés (no olvidemos que se trata de una persona en formación), considero claro que «el deseo» del menor no tiene porque coincidir con «su interés»; no obstante el mismo deberá actuar y decidir siempre y en todo lo que pueda.

Se trata de proteger y promover sus propios intereses y fomentar el ejercicio de su libertad responsable, es el protagonista principal y afectado más directo en la situación conflictiva en que se debate sobre su interés. Teniendo en cuenta lo anterior, la legislación ha ido atendiendo cada vez más la necesidad de que sea oído el menor en ciertos casos, su derecho a que se cuente con él en las decisiones que le afecten, y por tanto en todo aquello relacionado con su interés.

En concreto el CC indica explícitamente en artículos como el 92 y el 159, que el menor deberá ser oído siempre por el Juez a partir de los doce años e incluso antes si tuviere suficiente juicio[166]. Esto es, con intensidad progresiva, desde hace ya algunos años, nuestro derecho ha dispuesto de un nuevo mecanismo que

---

165 I. JIMÉNEZ AYBAR. *Dialogo sobre el principio del interés superior del menor. La familia, protagonista*. Pamplona, 2003 Edit. Comisión organizadora del congreso general de la familia, pág. 485.

166 B. VARGAS CABRERA. *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor. El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. Madrid, 1998. Edit Universidad Pontificia de Comillas, pág. 91.

permite al menor intervenir en las cuestiones que le afectan, de ahí la existencia de esta audiencia al menor, y por tanto se trata de la posibilidad o necesidad según los casos de que el menor sea oído por aquellas personas que va a tomar decisiones relativas a sus intereses o a su persona[167]. Los padres tienen obligación legal de escuchar a su hijo, art. 154.2 y 3 CC, y tomar en consideración sus opiniones[168].

El resultado de la audiencia del menor no es formalmente vinculante ya que puede ser desatendido si hay razones suficientes, las cuales deberán expresarse y justificarse en la resolución correspondiente. Es decir realmente su finalidad es conocer la opinión del mismo.

En este sentido, y a medida que el menor va adquiriendo un mayor grado de capacidad natural, el derecho le va reconociendo ámbitos de autonomía cada vez más amplios[169], es decir existe una progresiva ampliación de su capacidad de obrar.

Corresponde a los padres conducir la vida de los hijos (art. 154.2, 162.1, 164 CC). Los aspectos más relevantes afectan eminentemente a la guarda y custodia, educación y representación del hijo menor de edad. En la valoración y decisión respecto de sus los intereses, materiales y espirituales, los padres deben actuar con el máximo respeto a su personalidad y teniendo en cuenta las características de su concreta personalidad, sensibilidad, afectos, inclinaciones intelectuales, estéticas, y creencias. Actuar de otra manera puede justificar la reclamación de intervención judicial (art. 158.3 CC). Asimismo deben dejar participar al menor en la

---

167 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii*. *Op. cit*. *Curso de Derecho Civil… Derecho de la persona…* Pág.421.

168 S.ALTIERI. *El derecho del niño y del adolescente a ser oído*. Montevideo, 2008. Edit. Univ. Montevideo, pág. 35.

169 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii*. *Op. cit*. *Curso de Derecho Civil… Derecho de la persona…*, pág. 418.

determinación de su propio interés lo más ampliamente posible. Y han de asumir la tarea laboriosa y compleja de determinar y hacer eficaz el interés de sus hijos que conlleva en ocasiones cierto grado de sacrificio y de renuncia a sus propios intereses.

En nuestro ordenamiento jurídico es un juez o Tribunal, el órgano independiente que debe asegurara la prevalencia del interés superior del menor y quien debe armonizar y equilibrar los intereses en el caso de que los propios interesados no sean capaces de hacerlo y para presentar el interés del más indefenso, el menor de edad. Ello acarrea que el tribunal interviniente puede resolver materias sobre las que nadie le ha pedido que se pronuncie y además goza de mayores facultades para solicitar pruebas aunque no hayan sido requeridas por las partes[170]. La potestad paterna debe quedar sometida al control del poder jurisdiccional (art. 91 ss., 156, 158, 216.2 CC). Tutela judicial que a veces es preventiva (evitar perjuicios al menor) —artículos 156, 158 y 216.2 CC— y otras va ceñida a los actos de los padres, cuyo beneficio para aquel se juzgará en cada caso. No obstante debe regir el principio de mínima intervención, de manera que no lesione innecesariamente la patria potestad y respete la autonomía de sus titulares en tanto no perjudique el interés del menor, que es lo que justifica aquella intervención judicial. Y en todo caso la intervención debe ser debidamente ponderada y prudente.

En nuestro sistema jurídico son los jueces y Tribunales los garantes de que este principio se interprete y aplique correctamente. Son los hechos de cada caso los que determinan cuál es la manera en que, sólo en interés del menor, se debe tomar una decisión que le afecte. Es por esa razón que el principio de congruencia no puede ser entendido en esas materias de la misma

170 L.ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *El menor en las crisis matrimoniales de sus padres*. Navarra, 2009. Edit. Aranzadi, pág. 33.

manera que en cualquier otro proceso judicial[171], la concreción en la petición de parte no es tan exigente y por tanto existe una mayor intervención del juez en el proceso.

También hay que destacar la LOPJM que en su artículo 10[172] hace referencia a tres instituciones diferentes como agentes de la acción coadyuvante en el ejercicio de los derechos de los niños: Las Administraciones Públicas, el Ministerio Fiscal, y el Defensor del Pueblo, analizando brevemente estas:

En cuanto a las *Administraciones públicas*[173], los menores tienen derecho a recibir de las mismas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos[174], y que se garantice su respeto. Esta afirmación se recoge tanto en el indicado artículo 10 de la LOPJM como en el artículo 11, que en lo que nos atañe indica en resumen: *1.– Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos (…) las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades del menor al ejercer sus competencias (…) 2.– Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a.– La supremacía del interés del menor; b.– El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés; c.– Su integración familiar y social (…)».*

La Constitución Española, atribuye al *Ministerio Fiscal*[175] la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público

171 M. GARCÍA PASTOR. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Madrid, 1997. Edit. Mc Graw Hill, pág. 37.

172 Ley Orgánica de Protección Jurídica al Menor, Ley 1/1996 de 15 de enero de modificación parcial del CC y de la LEC.

173 M.V. MAYOR DEL HOYO. La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil. Granada, 1999. Edit Comarés, pág. 425.

174 M.V. MAYOR DEL HOYO. «En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del niño». *Derecho Privado y Constitución*. Nº 7. 1995, pág. 161.

175 B. VARGAS CABRERA. *Op. cit.*, pág. 12.

tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, y la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social. El apartado 7 del artículo 3 de su Estatuto Orgánico[176] le encomienda la función de *«asumir o en su caso promover la representación y defensa en juicio o fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de los menores y desvalidos»* Este precepto encierra dos tipos de actuaciones, frecuentemente entrelazadas, que se encomiendan al Ministerio Fiscal[177], en relación con los menores: facilitar su acceso a la Justicia y velar por la protección del menor.

La Disposición Adicional 3ª de la LOPJM abunda en este papel activo del Fiscal, en relación con el acceso a la tutela judicial en beneficio del menor, pues señala que en el procedimiento *«tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas»*. El Fiscal tiene encomendada especialmente la función de velar por la protección del menor.

El menor también podrá plantear sus quejas ante el *Defensor del Pueblo*, con el fin de que se defiendan y protejan sus derechos. En nuestro estado existe un Defensor del Pueblo con competencia para todo el territorio, y asimismo en la mayoría de comunidades existe defensor de pueblo autonómico, aunque actualmente a pesar de la regulación constitucional, de las diecisiete Comunidades Autónomas que tiene España, solo existe Defensor del Pueblo en nueve de ellas (Hace relativamente poco

176 Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *BOE* Nº 11 de 13 de enero de 1982, Referencia *BOE*-A-1982-837.

177 Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal. *Op. cit.*, pág. 683.

tiempo, La Rioja, Murcia, Asturias y Castilla-La Mancha suprimieron dichas figuras)[178].

En definitiva podemos decir que tanto el Ministerio Fiscal como el Defensor, son instituciones que realizan una importante función de patrocinio de los derechos de los niños. Por ello abogar por los derechos de estos menores supone potenciar al máximo estas instituciones, dotándolas de recursos materiales y humanos suficientes, y favorecer su expansión para hacerlas más accesibles y eficaces.

De todo este conjunto normativo, se desprende que el interés superior del menor prima sobre cualquier otro[179]. Y ello ya que debemos añadir que desde la promulgación de nuestra C.E. los cambios en los distintos sectores del ordenamiento jurídico español han sido importantes, pero quizá en pocos ámbitos hayan tenido tanta generalidad y profundidad como en la legislación de menores. Las nuevas normas, y figuras jurídicas no son sino reflejo de la evolución social, económica, y cultural experimentada durante los años, el aumento del nivel de vida, la disminución de la natalidad, los fenómenos migratorios, las nuevas realidades familiares[180] plantean nuevos problemas y situaciones.

---

178 En Aragón debemos concretar que existe la Institución del Justicia de Aragón: además de cumplir con lo establecido en la Ley 12/2001, de la infancia y adolescencia en Aragón, que especifica que «El Justicia de Aragón defenderá los derechos de la infancia y la adolescencia, velará por el respeto de la legislación vigente en materia de protección de la infancia y la adolescencia, propondrá medidas susceptibles de mejorar la protección de la infancia y la adolescencia y promoverá la información sobre los derechos de la infancia y la adolescencia y sobre las medidas que es necesario tomar para su mejor atención y cuidado» Se unen dos funciones que otorga El Estatuto de autonomía de Aragón, la defensa de los ciudadanos y la del Derecho Foral de Aragón.

179 J. IVARS RUIZ. *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos*. Doctrina y Jurisprudencia. Valencia 2007. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 22.

180 C. VILLAGRASA ALCAIDE .*El interés superior del menor. Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas*

Nos encontramos ante una materia en la que se puede considerar, que dado que prima el interés del menor como antes he indicado, no se rige sólo por el principio de solidaridad con el más débil, como pudiera pensarse, sino por el principio de Justicia[181], entendiendo que exigencia de Justicia es dar a cada cual los medios para que se puede desarrollar en la sociedad y puede participar en ella como un actor más. El principal objetivo, es garantizar la especial protección de los menores en todo el Estado y responder a sus necesidades actuales; agilizar los procesos de acogimiento y adopción y mejorar la atención a la infancia en riesgo y a los menores víctimas de violencia. El principio rector es incorporar la defensa del interés superior del menor como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento, tal como consta en recomendación de la ONU. En este sentido todos los Anteproyectos de Ley y proyectos de Reglamentos deberán evaluar su impacto en la infancia y en la adolescencia antes de ser aprobados. Con ello se verán modificadas o afectadas las siguientes normas: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (básicamente en cuanto a la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, o la violencia contra los menores y la regulación de determinados derechos y deberes, se realiza también una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia); el Código Civil (en primer lugar, las normas de Derecho internacional privado, en concreto las normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de ali-

mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho (I. RAVETLLAT BALLESTÉ. Coord.). Madrid, 2011. Edit. Bosch, pág. 28.

181 L. MURILLO JASO. *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*. Zaragoza 2005. Edit. Colección el Justicia de Aragón, pág. 15.

mentos; se equipara la filiación por naturaleza y la adoptiva en lo relativo al contenido de la filiación; se sustituye el término «relaciones paterno-filiales» por el de «responsabilidad parental»).

Asimismo se modifican las normas sobre acciones de filiación, en concreto Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (Se clarifica el ámbito de aplicación de la Ley y se define el concepto de adopción internacional como lo hace el Convenio de La Haya de 1993; se aclara el marco competencial, deslindando las competencias de las diversas Administraciones Públicas; se subraya el interés superior del menor como criterio fundamental en la adopción y se refuerzan las garantías en las adopciones internacionales, detallando las obligaciones de los adoptantes y las consecuencias de su incumplimiento). En cuanto a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (se introducen reformas procesales para obtener de los Tribunales la tutela más efectiva posible de los derechos intereses de los menores, mejorando los procedimientos ya existentes); Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, vigente conforme lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (En materia de procedimientos de jurisdicción voluntaria, como la adopción, y en tanto no esté aprobada la norma que ha de regir esta materia); Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 40/2003, de 18 de noviembre de protección a las familias numerosas.

Respecto a los derechos y deberes de los menores: En primer lugar, la norma establece un nuevo marco de los mismos, y una especial atención de los más vulnerables, como menores extranjeros no acompañados, jóvenes ex tutelados, menores con discapacidad, etcétera. De este modo, las leyes promueven la participación de los menores a través del derecho a que sean oídos y escuchados, lo que incluye a los menores de doce años siempre que tengan madurez suficiente. En consecuencia, en la resolución de procedimientos judiciales se deberá exponer siempre si se ha oído al menor y lo que éste ha manifestado. La reforma, por otro lado, incluye un catálogo de deberes en las esferas familiar, escolar y social: respeto a los padres, hermanos, profesores; respeto a la dignidad, integridad e intimidad de las personas con que se relacionen, etcétera. El conocimiento de sus derechos y deberes se implantará a través del sistema educativo, y se recoge de forma expresa la necesidad de evitar situaciones de acoso escolar.

Como indico otro de los objetivos es la protección de menores vulnerables: se refuerza la protección a grupos vulnerables, como los menores extranjeros que se encuentren en España, a los que se reconoce expresamente su derecho a la sanidad, la educación y los servicios sociales, velando especialmente por los no acompañados o víctimas de trata, entre otros. Igualmente, a los menores con discapacidad se les asegura su plena accesibilidad y la garantía de los servicios sociales especializados. Y, por primera vez, la norma prevé recursos y programas de apoyo para facilitar la transición a la vida independiente de jóvenes ex tutelados. Por otra parte, la reforma configura un nuevo sistema de protección de la infancia. En este sentido, se definen, por primera vez las situaciones de riesgo y desamparo, y ésta última queda determinada por el abandono, riesgo para la vida, salud o integridad física; o la inducción a la mendicidad, la delincuencia o la pros-

titución. La declaración de desamparo dará lugar a la tutela del menor por parte de la entidad pública competente. Como aspecto fundamental, se introduce que, superados dos años desde dicha declaración, sólo el Ministerio Fiscal podrá impugnarla, no los padres biológicos. Pasados esos dos años, las entidades públicas podrán adoptar cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluida la adopción si se prevé una situación irreversible para el menor. En cuanto a la guardia voluntaria (la que solicitan los padres a la Administración), se limita a dos años, con el fin de evitar que estas situaciones se hagan crónicas, algo que venía sucediendo. Vencido dicho plazo, el menor deberá volver con su familia o dictarse sobre él una medida de protección estable. Referido al acogimiento: La norma pretende la agilización de los procedimientos de acogimiento y adopción. Con la reforma se van a primar soluciones las familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. El objetivo es que, al menos, todos los menores de tres años puedan vivir con una familia, sin pasar por un centro de acogida. En el caso de que haya varios hermanos, se procurará que permanezcan juntos. Se simplifica la constitución del acogimiento, de forma que no será preceptiva la intervención de un juez, y se creará el Estatuto del Acogedor Familiar, en el que se recogerá el derecho de estos a ser oídos por la entidad pública antes de emitir cualquier resolución que afecte al menor. Las familias acogedoras recibirán valoraciones para su idoneidad, al igual que sucede con las adoptantes. Se regulan por primera vez los centros de protección para menores con problemas de conducta.

Respecto a la figura de la adopción se agiliza y se completa con más garantías, y, así, para menores en desamparo no será necesario el asentimiento de los padres biológicos si transcurren dos años sin que hayan intentado revocar dicha situación. Destaca, además, la unificación de los criterios de idoneidad para las familias adoptan-

tes, entre los que cabe subrayar la imposibilidad para adoptar de quien esté privado de la patria potestad de un hijo. Como novedad: antes de que la entidad pública proponga al juez la constitución de la adopción podrá iniciarse un período de convivencia entre el menor y la familia considerada idónea, de tal manera que los niños permanecerán siempre en una familia y se les evitará pasar por un centro de acogida. La finalidad que se persigue es precisamente reducir el número de niños que esperan en centros.

Otras novedades son la adopción abierta, o la posibilidad de que el menor en adopción mantenga algún tipo de contacto con miembros de su familia biológica, que determinará el juez con el visto bueno del propio adoptado, de la familia de procedencia y de la adoptiva. También se refuerza el derecho de acceso a los orígenes de los adoptados. Para ello, las entidades públicas asegurarán la conservación de la información durante, al menos, cincuenta años.

A estas medidas que facilitarán la adopción se unen otras pensadas para las madres que deciden dar a su hijo tras el parto. Además, previa modificación del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto del Empleado Público, los padres y madres que se ofrezcan para la adopción y acogedores tendrán derecho a ausentarse de sus puestos de trabajo para acudir a las sesiones informativas obligatorias. Los procesos de adopción internacional se dotarán de mayor seguridad jurídica por cuanto se clarificará el ámbito competencial para dichos trámites. Así, la decisión de autorizar adopciones corresponderá a la Administración general del Estado, al igual que asumirá la función de acreditar a las entidades colaboradoras de adopción internacional, las ECAI, previo informe de las comunidades autónomas.

Otro de sus trascendentes objetivos es prevenir y reforzar la lucha contra la violencia en la infancia. Por primera vez, se reconoce a los menores como víctimas de la violencia de género.

Y en este sentido se pretende detectar, declarar, dar soluciones y realizar análisis detallados para apoyar a la familia y así evitar situaciones de crisis o su agudización, salvaguardando al menor de la crisis familiar[182].

En definitiva esta legislación unida a la nueva realidad social, tiene como finalidad lograr el libre desarrollo de la personalidad de los menores que tal y como predica el art.10 de la Constitución, es *«el fundamento del orden político y de la paz social de nuestro país»*.

La identificación de cuál sea el interés del hijo menor edad como criterio preferente exige, como premisa necesaria, una referencia al criterio de protección integral del niño, consagrado constitucionalmente, como principio general informador de nuestro sistema jurídica, y como imperativo legal de manera singular en estos comentados ámbitos del Derecho de la Persona y del Derecho de Familia. El orden público familiar, de naturaleza imperativa, aparece integrado por un básico contenido norma-

182 Publicada Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *BOE* 23 de Julio 2015. Nº 175, antes referenciada en Nota, la misma deviene de la anterior publicación de Boletín Oficial de las Cortes Generales del Proyecto de Ley de 27 de febrero de 2015. Nº 131-1; 121/131 Proyecto de Ley de Modificación del sistema de protección de la Infancia y Adolescencia. Quedó modificado el artículo 1 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En este sentido, se establece la obligación de los jueces de pronunciarse sobre medidas cautelares que afecten a hijos de mujeres maltratadas, y se prevé que estos niños puedan permanecer con sus madres. También se va a reforzar la protección frente a delitos como los abusos sexuales. Para ello, entre otras medidas, será requisito para ejercer profesiones que impliquen contacto habitual con niños no haber sido condenado por delitos contra la libertad sexual, trata y explotación. Además, se establece la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal estos hechos por parte de cualquier ciudadano que tenga conocimiento de los mismos.

Por otra parte, también se enmarcó en esta reforma legal la modificación de la Ley de Protección de Familias Numerosas, para asegurar que conserven el título mientras que al menos uno de los hijos cumpla los requisitos y la edad establecida (veintiún años o veintiséis años si está estudiando).

tivo, cuya adecuada efectividad práctica resulta garantizada por la intervención del órgano judicial, se puede indicar que si la ley declara el Derecho, realmente es en la jurisprudencia donde el destino de la norma se culmina mediante su realización, en su aplicación al caso concreto y su posterior interpretación.

5.2.2. Estudio particular del principio del interés del menor en las crisis familiares

El interés superior del menor, reitero, prima sobre cualquier otro, incluido el de sus propios padres, y esto debido a que la obligación de velar por los menores, nace del hecho de la filiación, y no por la patria potestad. No obstante determina la Ley 15/2005 de 8 de Julio, en su exposición de motivos que se pretende que la libertad tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio, intentando con ello el legislador que se reserve la intervención judicial para un segundo plano, cuando sea imposible el pacto o para cuando el contenido de las propuestas sean lesivas a los intereses del menor o de uno de los cónyuges.

Existen unos efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio que se encontraban ya determinados en el CC y fueron modificados anteriormente con la reforma de 7 de julio 1981 recogida en los capítulos IX y X del Título IV del Libro I. Quedaba ya determinado el *principio de la autonomía privada en relación con los efectos de la nulidad, separación y divorcio*[183], y así conforme al art. 90 y 103 CC los cónyuges pueden convenir los efectos que consideren y sólo subsidiariamente serán acordados por el Juez.

Se puede incluso considerar que a partir de las últimas modificaciones del CC se observa una marcada privatización de lo

183 A.M. LÓPEZ; V.L.MONTES. *Derecho de Familia.* Valencia 1995. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 134.

que se ha dado en llamar las relaciones familiares horizontales, lo que se ha traducido en una total disponibilidad del matrimonio por parte de los cónyuges[184]. No obstante en relación con este apartado, tal principio tiene importantes limitaciones derivados de los principios de igualdad y de protección de los hijos.

En este sentido, en interés de estos, debe determinarse la patria potestad y la custodia bajo la cual quedan dichos menores, puesto que bien es cierto que los menores tienen limitaciones[185] en su capacidad de obrar, y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo a lo establecido en la legislación.

No obstante como antes hemos indicado en relación a la situación de la familia o sociedad actual, considero que la trascendencia del principio *favor filii* en las crisis familiares no puede ser debidamente contemplada si no se tiene en cuenta la situación de los menores con el resto de sujetos involucrados en la comunidad familiar y afectiva en la que aquel está envuelto, esto es, la de los padres, abuelos, hermanos, guardadores. Me refiero con ello a que en supuestos en que interviene el Juzgador decidiendo sobre la situación del menor para determinar su custodia[186], tendrá en cuenta como indico el resto de familia, como en el caso de que su cuidadora sea la abuela paterna o materna, y así puede haber casos en los que por sentencia se determine que al tener en cuenta el importante referente que para los menores sea la abuela por ejemplo paterna, se conceda la custodia al padre.

---

184 J. NANCLARES VALLE. «La guarda y custodia de los hijos menores en la crisis de pareja». *Rev. jurídica del Notariado*. Nº 70. 2009, pág. 136.

185 B. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS. *El interés del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor.* (R. HERRERA CAMPOS; M.A. BARRIENTOS RUIZ. Coord.). Vol. 1. El Ejido. 2011. Edit. Universidad de Almería, pág. 852.

186 S.TAMAYO HAYA. «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia». *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*. Nº 41. 2008, pág. 36.

Y todo ello en la medida en que aquél interés no es el único que aparece distorsionado en los supuestos de desavenencias familiares.

La verdadera protección existe cuando se coordina con los intereses y pretensiones de los demás componentes de la familia, ya que de lo que se trata es de lograr la continuidad o prolongación de las relaciones afectivas generadas con anterioridad a la producción de la discordancia familiar, y por tanto una solución que tome en consideración los intereses de todos aquellos que se encuentren involucrados, va a provocar una más adecuada permanencia de las relaciones humanas que existen entre ellos.

Por esa razón las resoluciones judiciales que tengan en cuenta todos los intereses involucrados, podrían provocar una regulación impropia de los conflictos que los magistrados deben resolver.

Y todo ello, porque suele ser a la hora de la determinación de la custodia[187] de los hijos, y de reflejo en la concreción de un régimen de comunicaciones paterno-filiales, cuando se exteriorizan con mayor gravedad las consecuencias de la distorsión familiar, y como consecuencia de ello es en esas situaciones cuando la condición de los niños y adolescentes se sitúa en una posición de riesgo, de modo que se trata de los momentos en que los tribunales y demás intervinientes deben extremar la protección de ese interés.

La ruptura de la pareja que formaban los padres, no debería alterar, ni las obligaciones que éstos tienen para los hijos, ni el vínculo afectivo existente entre ellos, y ello porque la presencia de las figuras paterna y materna en la vida de los hijos consti-

187 P.M. LÓPEZ ROMERO. «El interés superior del menor y custodia: análisis jurisprudencial». *Economist & Jurist Difusión Jurídica y temas de actualidad*. Nº 151. Vol 19. 2011, pág. 37.

tuye el marco más adecuado para un mejor desarrollo psíquico y físico de estos.

Por ese motivo, no es suficiente con la elección de un sistema de custodia[188], si no que también es necesario conjuntamente con ello asegurar la continuidad de las relaciones afectivas con aquel de sus padres que no disfruta de su compañía diaria. Se debe intentar generar un contexto adecuado para que las relaciones paterno-materno-filiales[189], se desarrollen en un entorno de normalidad. Por ello se puede decir que las resoluciones dictadas tienen un carácter provisional, puesto que para el caso en que se compruebe que la solución adoptada no fue la más adecuada, es posible variar su contenido. Se puede plantear el llamado proceso de modificación de medidas: cuando han variado las circunstancias que tuvo en cuenta el Juez para llegar al fallo o las partes para firmar el convenio, o bien cuando los involucrados no se han acomodado a la resolución, y consideran la necesidad de la modificación. No obstante bien es cierto que para que la misma sea estimada esta debe ser según exigencias de la Jurisprudencia: se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos: *1º.– Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, 2º.– Que dicho cambio tenga suficiente entidad 3º.– Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo. 4º.– Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible*[190].

---

188 M.J. JIMÉNEZ LINARES. *El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial*. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. (R. HERRERA CAMPOS. Coord.); Vol. 2. Almería, 2000. Edit. Universidad de Almería, pág. 870.

189 E. CORRAL GARCÍA. «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos». *Rev. general de derecho*. Nº 682. 2001, pág. 6710.

190 AP. Zaragoza. Sent. de 30 de enero de 2008. Sección 2ª. Sr. Acín Garos. Nº Recurso: 646/2007 (Nº 4299169200).

5.2.3. Funciones del principio del interés del menor

En todo supuesto de conflictividad familiar, es el indicado principio el que debe canalizar y guiar la actividad de los jueces, aunque como he expuesto, se debe intentar idear una solución que permita que ese interés sea protegido de modo real y no desconocido por un fallo dictado sin apreciar correctamente las circunstancias del entorno que rodea a los litigantes, puesto que una decisión que haga primar en forma absoluta en interés del menor, desconociendo el de sus padres, puede llevar a una solución no adecuada al caso práctico, debido a que el interés del menor tendrá un valor prioritario, pero no en términos absolutos.

Por ello para decidir el régimen de guarda, la apertura del principio consiente que el Juez tome en consideración aspectos patrimoniales y extramatrimoniales (por ejemplo, vinculaciones afectivas con el menor, estado de salud, actividades laborales y disponibilidades de tiempo para ocuparse del hijo, edad, perspectivas futuras de cada uno de los padres, entre otros muchos aspectos) que aconsejen un contenido determinado de las resoluciones judiciales para esa hipótesis particular. La solución más adecuada es atender los intereses individuales de todos los involucrados, según las necesidades y situación concreta de cada miembro.

En consecuencia, aunque se hable que dicho interés del menor, prima sobre cualquier otro, ello no significa que deba ser salvaguardado de modo aislado, sino que su interés debe ser complementado con los demás miembros de la familia[191]. La difícil misión de los Tribunales debe estar enfocada, a compatibilizar en tanto sea posible el conjunto de intereses involucrados.

---

191 L.S. LÓPEZ HERRERO; L. AGUILAR REDORTA; M.E. GONZÁLEZ LUCAS; L. LINARES ÁLVAREZ. «Los efectos en las rupturas en los hijos». *Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial*». Nº 24. 2005, pág. 120.

Recordando el art. 39.3 CE en el que se indica en resumen como *los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad y en los casos en los que legalmente proceda*, se puede determina por tanto el aspecto de *función* que tienen la paternidad y maternidad, ya que se impone una rigurosa responsabilidad de los padres[192].

Resultando determinado que el principio de la primacía del interés del menor sobre cualquier otro, existen otros dos que podemos decir que son derivados de este:

a) El beneficio del menor como criterio fundamental a seguir en la adopción de medidas relativas los hijos. Este es referido a atender lo que sea más beneficioso o favorable para él.

La dificultad se encuentra en conseguir determinar lo que sea más favorable para el hijo, ya que si partimos del hecho de en gran parte de los casos, el cese de la convivencia[193] puede ser perjudicial para el menor, llegamos a la conclusión de que el objetivo de procurar su beneficio es de imposible cumplimiento. Por tanto debemos asumir este hecho inevitable, que es que ante la separación de los padres[194], ha de buscarse lo más favorable para el menor. No debemos olvidar que es frecuente encontrar familias en las que a pesar de los problemas de pareja de los progenitores, estos mantienen una buena relación con sus hijos, y por ello para este respecto mantienen cordialidad entre ellos. Por este motivo los hijos no manifiestan un especial deseo de permanecer con uno u otro, y es en estos casos cuando se plantea la custodia compartida.

b) La no vigencia plena de los principios dispositivo y de rogación en los procesos judiciales en que se adopten medidas

192 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 16.

193 E. CORRAL GARCÍA. *Op. cit.*, pág. 6710.

194 D. VIÑAS MAESTRE, «Medidas relativas a los hijos en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda». *Indret. Rev. para el Análisis del derecho.* Nº 3. 2012, pág. 55.

relativas a los menores. Ello significa que en estos procesos pueden derivarse efectos no solicitados o no queridos por las partes, no olvidemos que también actúa el Ministerio Fiscal[195]. Al tratarse la institución familiar de una cuestión de orden público y consiguientemente atribuirse al Juzgado autonomía para decidir al respecto lo que considere más beneficioso para los hijos, con independencia de las pretensiones formuladas.

Debemos tener en cuenta el art. 158 CC, que en lo que respecta a estas cuestiones dispone:

«el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará: 1.– Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres; 2.– Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. (…); 4.– En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios (…)».

Por tanto y según dicho artículo, podemos añadir que la mira de los Tribunales[196] debería estar puesta en el futuro, y en el desarrollo más adecuado de la persona. Por esa razón si bien en los primeros años de vida del niño, la protección de su interés debe ser visto desde una perspectiva paternalista, la evolución

---

195 B. VARGAS CABRERA. *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor*. *Op. cit.*, pág. 90.

196 Es de aplicación este artículo 158 CC como fundamento de interposición de incidentes procesales ante los Tribunales, siendo objeto de múltiples comentarios y de variada aplicación jurisdiccional. Es habitual como fundamentación para la solicitud de medidas urgentes o cautelares, en proceso independiente, como ejemplo en medidas para evitar cambio de domicilio de menores, o salidas al extranjero, o suspensión de visitas (SAP Madrid 22ª, de 4 de diciembre de 2012). Así como ya anterior Jurisprudencia del TS: Sentencia TS Sala 1ª Civil de 29 de marzo 2001*: de las facultades concedidas en el art. 158 CC son las medidas de carácter temporal de guarda y custodia, en atención a la circunstancia de inestabilidad por la que pasa la madre de la menor.*

de su edad conlleva a que en el caso del adolescente, esa salvaguarda consiste en promover o favorecer su autonomía. Debe procurarse el desarrollo psíquico y físico más adecuado para los niños y adolescentes, tratando de evitar todas las situaciones que puedan perjudicar su crecimiento personal y aquellas que supongan riesgos para su condición[197].

Esto es el deber de los progenitores no se limita a proveer al hijo de mantenimiento, educación e instrucción, sino que en algún modo le es exigible una contribución de afecto y experiencia en el proceso de formación de la personalidad del menor[198].

La de interés del menor, es una noción flexible que se debe adaptar, no sólo a cada sujeto sino también a cada coyuntura en la que éste se encuentre envuelto.

5.2.4. Derecho del menor a ser oído

El fundamento de este Derecho, comenzó por la existencia de dos ideas: 1) el principio de la autonomía progresiva por el cual comienza a considerarse el niño como un ser con autonomía y voluntad propia, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio en función de la concreta evolución de sus facultades, y de su madurez psicológica; 2) el propio derecho a ser oído, por el cual se le confiese la facultad de ser escuchado[199]

---

197 M.A. ASENSIO SÁNCHEZ *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia*. Madrid, 2006. Edit Tecnos, pág. 125.

198 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 16.

199 Existe Jurisprudencia a dicho respecto incluso del TC: STC 183/2008 Sala 1ª de 22 de diciembre de 2008: referenciando ATC 372/2007 de 17 de septiembre que argumentaba que «*nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que con diecisiete años de edad… gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado… con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído…*». La doctrina del TC por tanto ha establecido la nulidad de resoluciones judiciales relativas a hijos menores de edad dictadas por el juez en procesos de familia sin haber practicado la previa exploración de

siempre que estén en juego sus intereses con el fin de saber desde su punto de vista, cual es la solución más adecuada[200].

Tal determinación se encontraba ya expuesta en nuestra legislación en concreto el CC art. 154.3 CC, que indica que ha de tenerse en cuenta su opinión cuando tuviere suficiente juicio[201], y ello debido a que todas las medidas contenidas en cuanto a los hijos van encaminadas a que el daño que la separación pueda producirles sea el menor posible, y a que en su nueva situación los hijos queden en la forma que sea más conveniente con sus propios intereses[202].

Consecuentemente la manifestación de la voluntad del menor es de sumo valor por ejemplo a la hora de determinar la instauración de un régimen de comunicaciones y las condiciones

---

los mismos cuando hubieran cumplido la edad de 12 años o antes si tuvieren suficiente juicio (STC 152/2005: audiencia de menores con suficiente juicio en la adopción de medidas sobre su esfera personal.).

200 Ambas ideas fueron recogidas en la Convención Universal de los Derechos del Niño, de 1989, en su articulado. En concreto art. 5 que determina*: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*. E igualmente el art. 12 indica: 1.– *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio en derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*. 2.– *Con tal fin, se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

201 A.M. LÓPEZ; V.L. MONTES. *Derecho de Familia*. Valencia, 1991. Edit. Tirant Lo Blanch, pág. 137.

202 J.L. LACRUZ BERDEJO, revisada por J.RAMS ALBESA, *Elementos de derecho de Familia. T.IV*. Madrid, 2008. IV Edición. Edit. Dykinson, pág. 98.

en que se va a ejercer[203]. Es importante que en la búsqueda del interés del menor el Juez conozca cual es la opinión y la voluntad de este.

Todo ello responde a lo determinado en el art. 92.2 CC que al disponer que *el Juez, «cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado, y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos».*

Aplicable en procedimiento judicial según la LEC, en concreto: art. 770.1.4ª: *(…) en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído 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 (…),* así como el art. 777.5, que establece que el Tribunal oirá los menores si tuvieran suficiente juicio, o cuando lo estime necesario a petición de las partes, del Ministerio Fiscal[204] o incluso del propio menor.

En concreto en los procedimientos sobre guarda y custodia, se debe relacionar lo establecido en la Ley Orgánica de protección del menor[205], la cual comienza en su art. 2 valorando en interés superior del menor: 1.– *Todo menor tiene derecho a que si interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan (…) así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones (…) los Tribunales (…) primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (…).*

---

203 F. RIVERO HERNADEZ. *El derecho de visita*. Barcelona, 1997. Edit. Bosch, pág. 246.

204 Circular de la Fiscalía de 3/1896 de 15 de diciembre.

205 Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil. *BOE* 17 de enero de 1996.

En concreto referido a este apartado, dicha Ley Orgánica expone en su art. 9 determina: *1.– El menor tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a 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 (…) 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 (…).

No debo dejar de indicar la legislación universal aplicable por tanto en nuestro país: En concreto la Convención sobre los Derechos del Niño[206], que he referenciado anteriormente en su art. 12 ya transcrito[207]. Y del mismo modo, la Carta Europea de Derechos Fundamentales[208] determina en su art. 24, como derechos del menor: *1.– Los menores tienen derecho a la protección y cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez (…).*

En consecuencia con ello, toda esta legislación ha tenido repercusión en la Jurisprudencia[209], ya consolidada en nues-

206 Asamblea General de Naciones Unidas, 20 noviembre 1989. *BOE* 31 diciembre de 1990.

207 Ver nota a pie de página nº 192.

208 Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de diciembre de 2000.

209 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2012. Y Jurisprudencia del TS, como la STS Sala 1ª, sentencia 413/2014 de 20 de octubre, que determina la necesidad de que el menor sea oído antes de resolver sobre la guarda y custodia de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo cuidando de

tro país, considerándose un derecho del menor, el ser oído en los procedimientos judiciales[210] que sean trascendentes para el mismo.

preservar su intimidad, pudiendo decretarse la nulidad del procedimiento en caso contrario. Por tanto cuando la edad del menor y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba debiendo acordarla en su caso el Juez, debiendo ser oídos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

210 No obstante, es mi consideración que la «opinión del menor», no significa que ésta sea necesariamente «el interés del menor», en concreto en procesos de guarda y custodia, aunque el menor haya expresado la opinión de convivir por ejemplo con la madre, si existe prueba que determina que su interés sea la custodia compartida, contrastado ello con informes psicológicos o del gabinete psicosocial, puede determinarse una resolución contraria a la opinión del menor. Así consta en sentencias de las que indico como ejemplo referidas a la CA Aragón por mi profesión (STSJA 20/2012, 9 mayo de 2012).

VI. OBJETO DE LA CUSTODIA DE LOS MENORES

Entiendo conveniente comenzar por este concepto por considerarlo el primordial en una crisis matrimonial[211]. En este sentido existen por tanto dos principios a tener en cuenta[212]; en primer lugar que la crisis de la pareja no exime a los progenitores de sus obligaciones para con los hijos; se debe indicar en general que las relaciones paterno filiales no quedan afectadas por la sentencia[213] que se dicte en el proceso, la separación de los progenitores lo es entre ellos, pero no respecto a los hijos y en segundo lugar que las medidas a adoptarse en relación con ellos han de tener siempre como referencia el *favor filii.*

El CC determina varios deberes[214] que corresponden a los cónyuges pero considero que alguno de los indicados siguen prevaleciendo aún con la ruptura de la pareja[215], evidentemente

---

211 J.A. GONZÁLEZ SAIZ. *La guarda y custodia de los hijos menores en supuestos de crisis matrimonial*. Santoña. 1997 Edit Monte Buciero, pág. 122.

212 A.M. LÓPEZ.; V.L. MONTES. *Op. cit.*, pág. 150.

213 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de Derecho Civil… Derecho de la persona…*, pág. 180.

214 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de Derecho Civil… Derecho de la persona…*, pág. 150.

215 L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres. La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Madrid, 2004. Edit. Dikynson, pág. 30.

cuando existen hijos comunes y, en concreto, el «*deber de actuar en interés de la familia»*, el cual queda establecido en el art. 67 CC determinando para ambos cónyuges la obligación de actuar en interés de la familia. Como indico este deber continúa vigente puesto que en el caso de una ruptura con hijos menores estos son los más necesitados de protección[216] y así alude también el CC en otros artículos, art. 103.1 CC.

Por tanto debemos aplicar aquí, si cabe todavía más, el interés del menor, dado que en estas situaciones de crisis, incluso podemos decir que aumentan las obligaciones de los padres, en la medida que los hijos pueden sufrir por la situación problemas psicológicos, morales o afectivos[217] debido a la alteración de la situación familiar.

Como legislación general, indico que el CC dedica parte importante de su regulación a las medidas a adoptar en relación a los hijos, como consecuencia de la crisis matrimonial, pues como expongo son los principales afectados[218], a ello se refieren los art. 92 (patria potestad), art. 93 (deber de alimentos) y 94 (derecho de visita) e incluso la atribución del hogar familiar, puesto que el art. 90 CC prevé como contenido necesario que exista regulación sobre dicho uso de la vivienda[219]. Sin olvidar que el art. 90 establece como uno de los contenidos necesarios del convenio regulador la determinación de las medidas en relación con los hijos.

---

216 M.MIRANDA ESTRAMPES. «La protección de menores desde una perspectiva constitucional». *Cuadernos de derecho judicial*. *Consejo General del Poder Judicial*. Nº 2. 2009, pág. 12.

217 M. BEYEBACH. «La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales». Cuadernos de *derecho judicial*. Nº 2. 2009, pág. 296.

218 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de Derecho Civil… Derecho de la persona…*, pág. 179.

219 M. MARTÍN MELÉNDEZ. T. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales.* Pamplona, 2005. Edit. Thomson Civitas, pág. 354.

Es por ello que con las legislaciones actuales, debido a los cambios sociales y familiares y las novedades que ello conlleva[220], se plantee y de hecho ya quede regulada la posibilidad de la guardia y custodia compartida, que podría redundar en beneficio de ambos, padres e hijos.

220 I. TENA PIAZUELO. «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia». *Rev. Aequalitas*. Nº 18. 2006, pág.33.

VII. ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

7.1. ANTECEDENTES

La figura de la guardia y custodia compartida se encuentra como novedad en la Ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio[221].

El art. 92 CC fue en su consecuencia, objeto de una profunda reforma[222] debido a la indicada ley al introducir la posibilidad del ejercicio compartido de la guarda[223].

---

221 R.M. ANGUITA RIOS; M.D. CASAS PLANES, P. GARCÍA LÓPEZ; M.T. PÉREZ JIMENEZ; C. VILLANUEVA LUPON. *El Interés del menor y la custodia compartida; análisis crítico del valor jurídico de la opinión del menor tras la reforma del artículo 92 del Código Civil español por la Ley 15/2005 de 8 de Julio.* (C. VILLAGRASA ALCAIDE; I. RAVETLLAT BALLESTÉ. Coord.); Madrid, 2009. Edit Bosch. 2009 Pág. 640.

222 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de Derecho Civil… Derecho de la persona…*, pág. 180.

223 Con fecha 19 de Julio de 2013 (Referencia del Consejo de Ministros. Madrid, 19 Julio 2013. Justicia, pág. web: www.mjusticia.gob.es), se ha procedido a la aprobación del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, con el que se adapta la legislación relativa al matrimonio y relaciones paternofiliales a la sociedad actual. Se reforma el indicado art. 92 CC y se introduce un artículo 92 bis, siendo el aspecto más destacado de la nueva norma que elimina la excepcionalidad con la que hasta ahora se regulaba la custodia compartida. En breve resumen: *será el juez quien en cada caso concreto, y siempre actuando en beneficio del*

En la Exposición de Motivos de la indicada Ley, se indica la pretensión de reforzar la libertad de decisión de los padres respecto al ejercicio de la patria potestad y, consiguientemente decidir si la guardia y custodia se ejercerá por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida.

Se observa en la indicada Exposición asimismo la pretensión de buscar el beneficio del menor y así determina: *«(…) esta reforma legislativa ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia (…) cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa a pesar de la separación o el divorcio (…) Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial, garantizar la protección del interés superior del menor (…) consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él (…)».* Como se puede comprobar son varias ocasiones es las cuales se reitera el indicado principio.

Por tanto en la medida de lo posible éste deberá ser oído, art. 92 CC[224].

---

interés superior del menor, determine qué régimen es el más adecuado. También será el encargado de regular los aspectos y contenido de las relaciones parentales, sin que la custodia compartida implique necesariamente una alternancia de residencia de los hijos con los progenitores en periodos iguales. Dicho anteproyecto reforma fundamentalmente el Código Civil, pero también la Ley de enjuiciamiento civil, y la Ley del registro Civil, prevé que el Juez pida informe al Ministerio Fiscal (que no tendrá carácter vinculante) y que estudie las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor, y el dictamen de los expertos, así como la concurrencia de todos los criterios relevantes para el bienestar del menor, como edad, arraigo social, escolar y familiar.

224 Debido al ejercicio de mi profesión, referencio aquí el supuesto en la C.A. Aragón, actualmente consta dicho derecho en el art. 6 Código Foral Aragonés (Decreto

Se intenta encontrar las soluciones más convenientes con el objetivo de alcanzar los mayores niveles de protección que pueda ofrecer a los menores el ordenamiento jurídico[225]. Consideramos que las distintas situaciones necesarias de protección que se pueden plantear en la actualidad encuentran su causa en la configuración de una nueva ordenación[226] de las relaciones paterno-filiales[227] debido a que, en no pocos casos, habiendo desaparecido la familia de corte patriarcal, los menores pueden quedar sin una referencia clara de comportamiento o incluso de falta de la atención y cuidados necesarios que pueden dar origen en los casos más conflictivos a la necesaria las intervenciones de la autoridad.

Así considero necesario, indicar en este apartado de antecedentes referencia a la legislación general en cuanto a la infan-

---

Legislativo 1/20011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón), que como consta refunde varias leyes, en concreto la anterior la Ley 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que en su antiguo su artículo 3 ya determinaba expresamente, el Derecho del menor a ser oído, si es mayor de doce años, antes de adoptar cualquier decisión o resolución que afecte a su persona o sus bienes. El antiguo art. 60.1 ya determinaba *«el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres»,* salvo que quede determinada por sentencia la privación o extinción de la misma (anterior art. 77.1) En consecuencia, aunque se produzca una ruptura de la pareja este deber en general continuará para ambos progenitores. En este sentido existe publicación de referencia: J. DELGADO ECHEVERRÍA; M.A. PARRA LUCÁN. *Manual de Derecho Civil Aragonés*. Zaragoza, 2006. Edit. El Justicia de Aragón, pág. 158.

225 C.C. CASTILLO MARTÍNEZ, «La determinación en la guarda y custodia de menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores; especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la ley 15/2005 de 8 de julio». *Actualidad Civil.* Nº 15. 2007, pág. 1740.

226 M.C. BAYOD LÓPEZ (coord.). «Relaciones entre padres e hijos en Aragón. ¿Un modelo a exportar?». AAVV. J.L. ARGUDO PÉRIZ. Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos. Edit. Institución Fernando el Católico. Zaragoza, 2014, pág. 273.

227 M.C. BAYOD LÓPEZ. «Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y limites». *Rev. derecho civil aragonés*. Nº 18. 2012, pág. 125.

cia y adolescencia, puesto que el conocimiento de lo tratado en esta legislación nos será necesario para el posterior estudio de la guardia y custodia de los menores[228].

Previamente podemos hacer referencia a la Legislación Europea[229] y, por tanto al Reglamento 2201/2003[230], el cual se fundamenta en unos principios inspiradores[231] en relación con los menores, comenzando por el ya comentado beneficio del menor, estando todas las normas basadas en este interés superior, por lo que es conveniente recordar que este principio ya se declaraba en: *La Convención de los Derechos del Niño* de 20 de Noviembre de 1989, en vigor desde 2 de septiembre de 1990, así como en la *Declaración de los Derechos del Niño* de 20 de Noviembre de 1959.

Nos hallamos ante una materia regulada por el Derecho Civil de Familia[232]; los preceptos que regulan este ámbito jurídico se insertan en los Títulos VII, X y XI del Libro I del Código Civil, que tratan respectivamente *«De las relaciones paterno filiales», «De la tutela, curatela y guarda de los menores (…).* Esta normativa civil sustantiva sufrió diversas modificaciones, correspondiendo su redacción actual al indicado Título X del Libro I del CC (Ley

228 J. DELGADO ECHEVERRÍA. (direcc) M.C. BAYOD LÓPEZ; J.A. SERRANO GARCÍA (coord.) Código de Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia. Edit. Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia. Zaragoza, 2015, pág. 109.

229 A. DURÁN AYAGO; R. ESPINOSA CALABUIG. «Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo». Nº 17. 2009, pág. 2.

230 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

231 J.G. NOGALES DEJUDO. *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea.* Madrid, 2006. Edit. Consejo General del Poder Judicial, pág. 111.

232 V. MORENO VELASCO. «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad». *Diario La Ley* nº 7267. 2009 .Pág. 372.

13/1983 de 24 de octubre, Ley 21/1987 de 11 de Noviembre, LO 1/1996 de 15 de enero).

La ley 1/96 de Protección Jurídica del Menor[233] supone un paso importante, ya que no sólo trata la protección integral del menor, al cual trata de dotar de autonomía como sujeto, sino que realiza una exhaustiva enumeración y asignación de derechos, las cuales se aplican en la legislación de las Comunidades Autónomas[234].

Como indicamos prevalece siempre el ya mencionado «interés superior del menor», siendo la familia la gran protagonista de la

233 A. MARTÍN SÁNCHEZ. *Op. cit.*, pág. 151.

234 Debido a mi ejercicio profesional de la abogacía, en su mayor parte en la Comunidad Autónoma de Aragón, referencio aquí el Preámbulo de la Ley 12/2001 de 2 de Julio de la infancia y adolescencia en Aragón, se determina el principio general que aquí estamos exponiendo y así se indica como datos importantes en nuestro estudio:

La Ley pretende establecer un marco normativo general que garantice a los niños y adolescentes de la Comunidad de Aragón el ejercicio y desarrollo de los derechos que legalmente les corresponden. La concepción que la sociedad tiene sobre la infancia ha dejado de ser la de un sujeto pasivo, un proyecto de futuro, necesitado exclusivamente de protección, para llegar a convertirse en persona. Los niños son personas y como tales deben ser tratados, es decir como personas singulares, únicas, libres como sujetos de derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil. No pueden ser considerados como patrimonio de sus padres, de su familia, o de la Administración. Tienen derecho a una protección que garantice su desarrollo integral como personas en el seno de una familia, preferiblemente la de sus padres. Los padres o tutores representan el contexto normal del desarrollo del niño. En consecuencia, es claro que el objeto de la Ley es asegurar la promoción y protección del ejercicio de los derechos reconocidos a los niños y adolescentes así como establecer mecanismos de coordinación de las actuaciones de las instituciones públicas y privadas dirigidas a la atención y desarrollo integral de los mismos. Nos encontramos ante una Ley que no se queda en la mera regulación de los derechos del menor, sino que va más allá y tal como determina GARCÍA CANTERO, GABRIEL, en su Comentario de la Ley 12/2001 de 2 de julio de la Infancia y adolescencia en Aragón. Colección el Justicia de Aragón. Zaragoza, 2002, pág. 42, regula los mecanismos para prevenir cualquier agresión sobre los menores. Y en este sentido uno de los aspectos más relevantes de esta ley son los derechos que se conceden a la infancia y la adolescencia.

ley, y por ello siendo uno de los principios el apoyo a la familia a fin de que pueda cumplir sus obligaciones. Así pues la acción administrativa se activa en el momento en que el núcleo familiar no puede dar respuesta a las necesidades más elementales del menor poniendo por tanto en riesgo su propia existencia o su desarrollo e integración en la sociedad, se trata de evitar graves riesgos para los menores, ya sean estos referidos a su integridad física o psíquica.

Debido a que son muchos los procesos y actuaciones en que se ven envueltos los menores y a que por circunstancias familiares o personales la influencia en su desarrollo como personas es a veces decisiva, esto lleva aparejado no solo a que se aplique el principio del interés del menor, como se determina en el resto de legislaciones incluso en Comunidades Autónomas[235], sino a que sea tomada en cuenta por lo menos su opinión[236] de cara a tomar una decisión al respecto.

---

235 L. ALLUEVA AZNAR, «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores». *Rev. para el análisis del derecho.* Nº 4. 2011, pág. 24.

236 Debo exponer de nuevo, que procedo a referenciar a la Comunidad Autónoma de Aragón, dado que, reitero, como el ejercicio de mi profesión de abogado, se ejerce en la indicada comunidad. Así el art. 13 de Ley 12/2001 de Aragón, determina el Derecho a ser oído, indicándose así: *Derecho a ser oído.1. Además de en los supuestos previstos legalmente, los niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados, de acuerdo con su edad y condiciones de madurez, independientemente de sus posibilidades de comunicación, tanto en el ámbito familiar como en todo procedimiento en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que les afecte en la esfera personal, familiar o social. En los procedimientos, los menores serán escuchados en comparecencia realizada de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo. Las Administraciones públicas de Aragón velarán para que, en aplicación de este derecho, se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión. 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. 3. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de las personas que le representen legalmente o asistan, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o, en su caso, a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 4. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente o asista, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos.*

Es por tanto una idea clave la necesidad de oír al menor en todo proceso en el que se vea afectado. Ello se pone por tanto en relación con el art. 92 CC, donde se indica que se requerirá su audiencia para decidir las medidas judiciales sobre su cuidado y educación, en los procesos de nulidad, separación o divorcio. Siendo estas las situaciones en las que más se debe atender la protección del mismo.

Pero por otra parte es importante tener en cuenta que no se le debe crear más temor ni incomodidad[237] en el momento de la ruptura de la unidad familiar y así los servicios psicológicos[238] podrían actuar con el fin de no empeorar el estado de ánimo del menor. El mismo debe ser tratado como tal, un ser en desarrollo, parte débil, y por tanto necesitado de protección, en cualquier proceso tanto judicial como administrativo.

Es determinado por el CC que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, comprendiendo deberes y facultades (ver art. 154 CC).

Dentro de esta cuestión considero necesario hacer especial mención a las situaciones que se derivan durante la tramitación de procesos matrimoniales[239] y sobre todo, que en relación a estas situaciones ya la Ley 42/2003 de 21 de Noviembre de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos trata estas situaciones siempre en beneficio del menor y así determina que éstos pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor, sobre todo en situaciones de ruptura matrimonial. La Exposición de Motivos de la mencionada Ley

237 G. GARCÍA CANTERO. *Op. cit.*, pág. 54.

238 J.F. FRANCO YAGÜE. *Op. cit.*, pág. 26.

239 B. VARGAS CABRERA. *Op. cit.*, pág. 558.

indica que los abuelos disponen de una autoridad moral y de un distanciamiento con respecto a los problemas de la pareja, que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo, evitando situaciones de hostilidad y enfrentamiento entre progenitores y dotando al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno con circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos de una situación de crisis[240].

En concreto, no obstante, en relación a la custodia el nuevo artículo 92 del CC[241], dispuesto en nueve apartados, modificando el anterior texto, determina con mayor exactitud y contundencia las obligaciones de los padres para con los menores, así como esta posibilidad sobre guarda y custodia, que ahora estudiamos.

En este sentido, las posibilidades que ofrece el indicado art. 92 son en resumen: a) Patria potestad ejercita total o parcialmente por uno de los progenitores que los padres podrán acordar o el juez decidir en beneficio de los hijos; b) patria potestad ejercida de forma compartida por los padres cuando así lo soliciten estos en el convenio regulador o lo acuerden en el transcurso del procedimiento, o cuando lo solicite una de las partes y el Juez la acuerde con informe favorable del Ministerio Fiscal[242], funda-

240 G. GARCÍA CANTERO. *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley 21 de noviembre de 2003*. Madrid, 2004. Edit. Civitas, pág. 85.

241 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii*. *Op. cit. Curso de Derecho Civil… Derecho de la persona…* Pág. 180.

242 El Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional, 185/2012, Ple, de 17/10/2012, Ponente Dª Encarna Roca i Trias**)**. ha anulado en una sentencia el requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal para conceder la custodia compartida aún cuando no exista acuerdo de las dos partes, ya que considera inconstitucional y nula parte del texto recogido en el artículo 92.8 del Código Civil. Dicho artículo como he indicado contempla que, «excepcionalmente», el juez podrá conceder la custodia compartida siempre y cuando el fiscal haya informado favorablemente. La ponente del fallo, la magistrada Dª Roca Trías, considera que la custodia compartida debería ser la solución

mentándola en que de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

7.2. DERECHO COMPARADO

En este sentido es importante comprobar el resto de legislaciones (no obstante centrándome en la Europea, por la perte-

---

«más normal». El Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y, por lo tanto, nulo, el inciso del artículo 92.8 del Código Civil que establece como preceptivo un informe «favorable» del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida de un menor, cuando no existe acuerdo previo entre los progenitores.

En la resolución, el Alto Tribunal argumenta que *determinar si la guarda y custodia, en el supuesto de que la solicite uno de los progenitores sin el acuerdo del otro, es beneficiosa para el menor «no puede quedar sometida al parecer único» del Ministerio Fiscal, ya que con la legislación ahora anulada, si no concurre dicho dictamen el juez no está legitimado para acordarla o establecerla.* El Constitucional dictamina así a favor de un padre que recurrió la sentencia que desechó la guarda y custodia compartida de su hija solicitada por él porque no existía informe favorable del fiscal. La sección quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria decidió entonces elevar cuestión de inconstitucionalidad por este precepto. Casos excepcionales: El artículo 92.8 del Código Civil establece que *«excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».* Ahora el Alto Tribunal entiende que con la introducción de estos requisitos se establecen «concretas» garantías que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores «es el de la prevalencia del interés del menor». No obstante, precisa que la custodia compartida impuesta judicialmente, que en todo caso es «excepcional», no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, *«impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada».* Los magistrados afirman, por tanto, que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal en el caso de que sólo uno de los progenitores solicite la guarda y custodia compartida debe ser declarada nula *«pues corresponde al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional». Sobre el ya mentado interés superior del menor, en todo caso, el TC recuerda que en materia de relaciones paterno-filiales el criterio que ha de presidir la decisión judicial «debe ser necesariamente el interés prevalente del menor».* De esta manera, el juez debe valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida que adopte sobre la guarda y custodia: *«Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente».*

nencia de España a la misma), que tratan la cuestión, con anterioridad a nuestro país, teniendo en cuenta que la legislación internacional avanza en el sentido de igualar los derechos de los progenitores[243].

Es necesario realizar una breve introducción sobre los conceptos terminológicos ya que se constata que en otros países no se establece la diferenciación que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre los conceptos de patria potestad y custodia, de tal forma que en sus legislaciones el progenitor custodio es el que asume en exclusiva la responsabilidad sobre el o la menor. Este concepto en nuestra legislación sería referido a la patria potestad y no a la guarda y custodia. No obstante, y comentando referencias de la CCEE, sí podemos optar por utilizar los términos recogidos en la legislación comunitaria más concretamente en el Reglamento CEE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Así, el artículo 2 del Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, define los siguientes conceptos:

«*Responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*». «*Derechos de custodia*,

243 C.A. BASILE VALLE. *El ejercicio de la autoridad de los padres: dualidad o unitarismo. Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de* Familia. (C. LASARTE ÁLVAREZ; A. DONADO VARA; M.F. MORETÓN SANZ; F. YÁNEZ VIVERO. Coord.). Sevilla, 2004. Edit. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.

entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia». «Derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado».

Como vemos, la definición que se recoge en el Reglamento citado respecto del contenido del término «*custodia*», es un concepto mucho más amplio que el concede el derecho civil español. Además la variabilidad o diversidad de hipótesis en que se torna necesario resolver cuestiones referentes a la guarda y custodia de los hijos transforma en casi imposible toda definición, pues en cada coyuntura concreta el concepto debe ser amoldado o perfilado a las circunstancias particulares que envuelven el escenario litigioso[244].

Dentro de los países europeos que se consideran en este sentido más avanzado en su legislación, destaco:

7.2.1. Francia

La legislación francesa regula el contenido de la Responsabilidad parental en la Ley 2002-305 del 4 de Marzo de 2002, que realiza una modificación de concretos artículos de su Código Civil en esta materia, esta legislación sobre menores ha sido avanzada en anteriores leyes[245].

El término que utiliza la legislación francesa para referirse a la denominada patria potestad es el de *autoridad parental* cuya

244 I. TENA PIAZUELO. «La guarda compartida en Derecho francés» *Rev. Aequalitas*. Nº 7, 2001, pág. 8.

245 M. COLIN; F. ESCRIBANO MORA (trad.). «*La justicia sobre menores en Francia*» *Jueces para la democracia*. Nº 3. 1988, pág. 36. Se expone que tanto en el orden civil como en el penal el Juez está obligado a ordenar medidas de investigación de la personalidad del menor y aplicar medidas adecuadas a su personalidad.

definición consta en el artículo 371.1 de dicho Código.:»*…como un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del menor».*

De forma diferente al derecho español, el Código Civil francés, al exponer el divorcio[246], trata de definir de manera más amplia el concepto de responsabilidad parental que se configura de la misma forma que en el derecho español y fundamentalmente tiene las mismas notas características que en nuestro derecho, es decir: un conjunto indisoluble de derechos y deberes y se ejerce siempre en beneficio del menor.

El mismo artículo 371.1 del indicado Código Civil, expone en su párrafo segundo que la titularidad de la autoridad parental[247] corresponde a los progenitores hasta que el menor llegue a su mayoría de edad o su emancipación, y establece que debe ejercitarse con el respeto debido a su persona y debe ir dirigida a: «Velar por su seguridad, velar por su salud, velar por su moralidad, asegurar su educación y, permitir su desarrollo».

Por tanto, se impone a los progenitores con respecto a sus hijos menores o incapacitados una serie de obligaciones de contenido personal que son similares a las recogidas en el artículo 154 segundo párrafo, apartado 1º del Código Civil español, pretendiendo mayor desarrollo de los mismos y valorando el carácter personal y de contenido moral en el que se determina el concepto de la responsabilidad parental. Añade además dos elementos: a) «*respeto debido a su persona*» y b) se exhorta a los progenitores a que los hijos participen en las decisiones que les afecten «*según su edad y grado de madurez*».

---

246 I. HERNANDO COLLAZOS. *Causas de divorcio: derecho español y francés comparado*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, pág. 125.

247 M.A. FÉLIX BALLESTA. *El divorcio en el derecho francés*. Barcelona, 1998. Edit. Universidad de Barcelona, pág. 251.

Se concretan también, obligaciones de contenido material que se incardinan dentro del concepto de autoridad parental, también se regulan en el artículo 371.2 del Código en el que se establece que: «*Cada uno de los padres contribuirá a la manutención y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del hijo. Esta obligación no se extingue de pleno derecho cuando el hijo alcanza la mayoría de edad*».

En otro Capítulo (art. 382-387), vienen reguladas las cuestiones relativas a la administración de los bienes de los hijos, la cual se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores (evidentemente cuando el ejercicio de autoridad parental siga correspondiendo a ambos de forma conjunta). Se observa por tanto que en esta legislación francesa se trata de implicar a los padres en su responsabilidad parental para ejercer sus derechos y responsabilidades[248].

En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental se expone:

a) Supuestos de matrimonio o convivencia (parejas de hecho)[249].

El artículo 372 del mismo Código determina el ejercicio de la autoridad parental conjuntamente entre ambos progenitores aunque expone excepciones al ejercicio conjunto, en los siguientes supuestos:

— Cuando la filiación haya sido establecida respecto de uno de los progenitores transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento del menor cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro progenitor.

---

248 H. REDERO BELLIDO. «Servicios Sociales para menores en Francia». *Alternativas: cuadernos de trabajo social.* Nº 8. 2012 Pág. 49.

249 S. GAVIRIA. *Juventud y familia en Francia y España*. Madrid, 2007. Edit. *Centro de Investigaciones Sociológicas,* pág. 203.

— Cuando la filiación sea declarada judicialmente respecto del segundo progenitor del menor.

En estos casos el ejercicio de la autoridad parental corresponde de forma exclusiva al progenitor que hubiera reconocido la filiación inicialmente salvo que ambos progenitores lleven a cabo una declaración conjunta del ejercicio común de la autoridad parental ante el Juzgado.

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

El divorcio de los progenitores o el cese de la convivencia en las parejas de hecho, no supone modificación alguna en el ejercicio de la autoridad parental (del mismo modo que en el derecho español).

Según determina el art. 373.2-1º del indicado Código, la ruptura de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la responsabilidad parental, no obstante según el art. 373.2.1, el Tribunal puede concederla al padre o a la madre en exclusiva, si para el interés del menor fuera más conveniente.

La regla general, por tanto, en los supuestos de divorcio o cesación en la convivencia es la del ejercicio conjunto de la autoridad parental según la reforma de la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 que ha intentado mantener el principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores, imponiendo como principio general el ejercicio común al momento de la ruptura, sin olvidar al menor como principal[250].

No obstante el derecho francés no ha acuñado un concepto similar al de *«guarda y custodia»* ya que el art. 373.2, determina

250 R. LÓPEZ SAN LUIS. *La capacidad contractual del menor en derecho francés y español* Almería, 1999. Edit. Universidad de Almería, pág. 62.

«modalidades en el ejercicio de la Autoridad Parental» estableciendo la exigencia de que: *«tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor».*

c) Privación de la Responsabilidad Parental:

El artículo 373 Código indicado, establece como causas de privación de la autoridad parental las siguientes:

— Declaración de incapacidad.

— Declaración de ausencia.

— O cualquier otro motivo.

Según el art. 373.1 del indicado Código, en los supuestos de privación de la autoridad parental a uno de los progenitores o en el supuesto de que uno de los progenitores hubiera fallecido, se atribuye el ejercicio de la autoridad parental de forma exclusiva al otro progenitor.

Se regulan también como causas de privación total o parcial de la autoridad parental las siguientes:

— Declaración expresa de la Sentencia penal que condene al progenitor, como autor, coautor o cómplice de un crimen cometido en la persona de su hijo, o le condene como coautor o cómplice de un delito cometido por su hijo (art. 378 Código civil).

— Poner en peligro la seguridad, salud o moralidad del menor por el comportamiento de los progenitores, ya sea porque se hayan producido malos tratos, porque se trate de un progenitor consumidor de estupefacientes o bebidas alcohólicas, o bien por mala conducta notoria, o por falta de cuidados o ausencia de directrices en la educación (art. 378.1, 1º del Código).

— Cuando los padres, durante un plazo de más de dos años, se hayan abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y cumplir los deberes recogidos en el art. 375.7 de la mentada legis-

lación, en aquellos supuestos en que se haya adoptado por el Juez una medida de asistencia educativa respecto al hijo (artículo 378.1,2º).

Lo referido a los supuestos de privación total o parcial de la autoridad parental no se producen de forma automática ya que, será potestativo del Juez penal acordar la privación total o parcial de la autoridad parental o bien deberá instarse la acción ante el juzgado o Tribunal estando legitimados para el planteamiento de la misma tanto el Ministerio Fiscal como un miembro de la familia o el tutor del hijo, y siempre para la protección del indicado menor[251].

Según el art. 379, la privación total de la autoridad parental así acordada va a tener efectos sobre todo el conjunto de deberes-derechos englobados dentro de su contenido, tanto patrimoniales como personales y se extenderá, salvo que la Sentencia determine otra cosa, a todos los hijos menores ya nacidos al momento de dictarse la sentencia y supondría para el hijo la dispensa de su obligación alimenticia, salvo que la indicada resolución disponga lo contrario.

La privación no tiene un carácter definitivo ya que el art. 381 del Código Civil establece la posibilidad de que a partir del plazo de un año el progenitor afectado por la privación, solicite ante el Tribunal la restitución de todos o parte de los derechos de que fue privado, aunque para ello deberán existir nuevas circunstancias que lo hagan aconsejable. Si se denegara la restitución solo podrá ser instada transcurrido un nuevo periodo de un año a contar desde la denegación, no siendo admisible ninguna petición de restitución si el hijo, con anterioridad a la solicitud, se encuentran en proceso de adopción.

---

251 H. REDERO BELLIDO. «Servicios sociales para menores en Francia». *Cuadernos de trabajo Social*. Nº 8. 2000, pág. 44.

En aquellos casos en que sea acordada la restitución, el Ministerio Fiscal[252] viene facultado para solicitar, si lo considera adecuado, medidas de asistencia educativa[253]. No cabe la renuncia ni cesión de la autoridad parental (art. 376), siendo nula de pleno derecho si no es en virtud de una Sentencia y en los supuestos legalmente establecidos.

En cuanto a la regulación como he indicado, el Código Civil francés no contiene el término de «*guarda y custodia*» y lo que viene es a regular el sistema de residencia de los menores con sus progenitores, una vez que éstos han finalizado su vida en común.

La reforma introducida por la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 autoriza el sistema de «*residencia alterna*» para el menor cuyos padres no conviven, y en general se concreta para: protección de los intereses de los hijos menores, y garantía del mantenimiento de los vínculos de los menores con cada uno de sus progenitores. Una vez producida la ruptura, los progenitores tienen autonomía para fijar sus efectos, estableciendo la residencia del menor en la forma en que libremente concreten en el correspondiente convenio que será sometido a la aprobación judicial. Con la excepción de aquellos supuestos en que el convenio no preserve suficientemente el interés de los menores o en aquellos casos en que el Tribunal constate que el consentimiento de los progenitores no se ha otorgado libremente puede denegarse la aprobación de los pactos alcanzados por los propios interesados.

En los supuestos en los que no existe acuerdo entre los progenitores el artículo 373.2.9 del indicado Código concede

252 I. DELGADO PUGES. «La composición del Ministerio Fiscal en Francia y en España» *Anales* de filología francesa. Nº 18. 2010, pág. 122.

253 J.C. NICOD. «El Ministerio Fiscal en Francia». *Jueces para la democracia*. Nº 18. 1993, pág. 85.

facultades al Tribunal de Familia (jueces especializados)[254] para establecer, si lo considera conveniente para el interés del menor, un sistema de *«residencia alterna»*; si uno de los progenitores lo solicita este sistema el tribunal puede establecerlo o acordarlo en los supuestos en que ambos no se muestren de acuerdo respecto del sistema de residencia del menor. Por tanto el legislador francés atribuye facultades al Tribunal para el establecimiento de la *«residencia alterna»* aún cuando los progenitores se pronuncien en contra.

El establecimiento de la *«residencia alterna»* puede establecerse por periodo *limitado,* a modo de prueba va a permitir al Tribunal y a los propios interesados conocer si este sistema es el adecuado para proteger los intereses del menor. Una vez finalizado el plazo propuesto, el Juez deberá decidir, de forma definitiva, qué sistema adopta, si el de residencia alterna en el domicilio de cada uno de sus progenitores o la residencia en el domicilio de uno solo de ellos.

El art. 373.2.10 concreta la posibilidad de acudir a una medida de mediación a fin de buscar el consenso entre las partes y facilitar los acuerdos.

La mediación no se configura con carácter obligatorio y al Tribunal sólo se concede facultad para proponerla pero no para imponerla y solo en el caso de que ambos progenitores muestren su conformidad, acudirán a un mediador familiar con la finalidad de que *«les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida».*

La legislación impone una serie de cautelas para que el Tribunal, en los supuestos contenciosos pueda adoptar el sistema de «residencia alterna» y deberá tener en cuenta las siguientes circunstancias (artículo 373.2.11):

---

254 C. GOMEZ MARTÍNEZ. «La selección y formación inicial de jueces en Francia». *Jueces para la democracia.* Nº. 23. 2004, pág. 83.

1. La práctica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad.

2. Los sentimientos expresados por el menor.

3. La aptitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro.

4. El resultado de los informes periciales, si se hubiesen realizado, teniendo en cuenta particularmente la edad del menor.

5. Los datos de los informes sociales o contra-informes que se hubieran llevado a cabo.

De una primera lectura del texto legal, parece desprenderse la idea de que en el derecho francés se concede al Tribunal[255] una gran discrecionalidad para establecer el sistema de residencia que considere adecuado en cada caso pero es de observar que no es así, comprobando las circunstancias que el Tribunal deberá valorar a la hora de decidir sobre el sistema de residencia del menor.

Como he indicado, en resumen el Tribunal tendrá en cuenta las siguientes cuestiones:

La práctica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos anteriores.

La opinión del menor **(**audiencia que viene regulada en el artículo 388.1 del indicado Código que establece el derecho del

255 Sobre las normas de competencia: Artículo 1070 del Código procesal civil: «*El juez de familia territorialmente será: el juez del lugar donde tuviera su residencia la familia; en caso de que los progenitores tuvieran residencias diferentes, el juez del lugar donde resida aquél de los progenitores con quien convivan los hijos menores en caso de ejercicio compartido de la patria potestad, o el del lugar de residencia del progenitor que ejerza dicha potestad en solitario, en los demás casos, el juez del lugar donde resida el cónyuge que no haya interpuesto la demanda.* C. KLEINER. *Tendencias actuales en derecho internacional privado francés*. Edit. Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra. 2010 Pág. 399 Ver H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 2002, Nº 177.

menor a ser oído por el Juez en cualquier procedimiento que le afecte, regulándose, también de forma expresa, la obligación del Tribunal de oír al menor cuando éstos lo soliciten, audiencia que solo podrá ser rechazada «*…mediante una resolución especialmente motivada…»).* Se regula la forma en que podrá ser oído el menor quien podrá acudir ante el Juez «*…solo, con un abogado o con una persona de su elección…»,* permitiéndose al Tribunal designar a otra persona si considerara que la elegida por el menor no pareciera conforme con su interés, se pretende proteger la libertad individual[256]. No se establece edad para llevar a cabo la audiencia del menor sino tan solo que el o la menor de edad sea «*capaz de discernimiento».*

La aptitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro.

En cuanto a los informes periciales: no tienen en la legislación francesa un carácter preceptivo por tanto no es exigible su realización, ahora bien, si se han llevado a cabo podrá ser tenido en cuenta su resultado.

Los datos de los informes sociales**,** también deberán ser valorados así como los contrainformes que se hayan llevado a cabo para según el art. 373.3.12 del Código «*… recabar todas las informaciones sobre la situación de la familia y sobre las condiciones en que viven y son educados los hijos».* La elaboración de estos informes sociales puede ser decidida por el Juez antes de tomar la decisión sobre la modalidad de la residencia a adoptar y se considera que es un elemento probatorio muy útil porque va a facilitar una visión muy cercana y real de la forma de organización de la familia[257] lo que, sin duda, va a ser de gran ayuda para fijar

256 M.C. CAMBA CONSTENLA. «La justicia constitucional en Francia». *Rev. Catalana de derecho público.* Nº. 20. 1995, pág. 269.

257 E. URTEAGA OLANO. «Fundamentos y organización de las políticas sociales en Francia». *Revista de trabajo Social*. Nº 2. Vol. 9. 2009, pág. 78.

el sistema de residencia que más se adapte a su organización. Si las conclusiones del informe social encargado por el Tribunal es impugnado por uno de los progenitores podrá encargarse, a su instancia, un informe contradictorio.

7.2.2. Reino Unido

La regulación de la responsabilidad parental en Reino Unido (integrado por Inglaterra y Gales países que comparten el mismo sistema jurídico) se encuentra recogida básicamente en le ley de menor de 1989 (*«Children Act 1989»)* aunque, como se verá más adelante, ésta se completa con la legislación de 2002 (*«Adoption and Children Act 2002»).*

De conformidad con la legislación de 1989, la responsabilidad parental se define como *el conjunto de derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que cada progenitor ostenta por Ley en relación el menor y sus propiedades*.

El concepto de responsabilidad parental en el Derecho inglés deja claro que genera más responsabilidades que derechos, en lo que a los progenitores se refiere, y dichas responsabilidades existen sea cual sea el grado de formalización de las relaciones personales (con limites a la autonomía de la voluntad)[258] entre éstos, se contempla la protección de la autonomía[259].

Por otro lado, la Ley no reconoce una regla absoluta que defina el concepto de responsabilidad parental, ya que ésta existe en la medida que es necesaria para la protección del menor, prin-

258 S. GASPAR LERA. «Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: Validez, eficacia y discrecionalidad judicial». *Rev. para el Análisis del Derecho.* Nº. 3. 2012, pág. 16.

259 J.M. SCHERPE «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales: Equidad, libertad y elementos extranjeros». *Rev. para el Análisis del Derecho*. Nº 2. 2012, pág. 9.

cipio que inspira esta institución y su regulación. Consecuentemente, la responsabilidad de los progenitores irá disminuyendo cuando el niño adquiere suficiente conocimiento y madurez para asumir por él mismo sus propias decisiones.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, no existe una auténtica lista legal de los derechos, obligaciones, responsabilidades y poderes que comprende la responsabilidad parental; no obstante se entiende que abarca, entre otros y siempre en relación a los descendientes, los siguientes aspectos: el cuidado y control del menor; la disciplina; la protección y mantenimiento; el derecho de visitas y el régimen de comunicaciones.

Se concretan determinadas cuestiones en cuanto a la figura del padre:

1. Si el padre está casado con la madre en el momento del nacimiento del niño, adquirirá automáticamente la responsabilidad parental.

2. Si no está casado y el certificado de nacimiento se encuentra registrado desde antes del 1 de diciembre de 2003, el padre no adquirirá automáticamente la responsabilidad parental como sucedía antes de la entrada en vigor de la «*Adoption and Children Act 2002*», pero puede optar por una de las siguientes vías para adquirirla:

a) Llegar a un *acuerdo con la madre* según las prescripciones contenidas en la «regulación de la responsabilidad parental de 1991».

b) *Una decisión judicial*. El interés superior del menor[260] es primordial y, por tanto, al adoptar una decisión judicial, el Juzgado

260 P. CERON ZAPATA. «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Reino Unido. Derecho al respeto a la vida privada y familiar». *International Law. Rev. Colombiana de derecho Internacional* Nº 6. 2005, pág. 188.

debe valorar que ésta sea mejor para el menor que el hecho de no dictar resolución alguna. El Juzgado tendrá en cuenta determinados factores: grado de compromiso mostrado hacia el o la menor, el grado de apego que exista entre el progenitor y el o la menor, las razones por las cuales solicita la responsabilidad parental.

c) A través de la *obtención de una «orden de residencia»* dado que, de conformidad con la *«Children Act 1989»*, si el Juzgado dicta una «*orden de residencia*» a favor del padre, en el supuesto de que éste no tuviera la autoridad parental sobre el menor, el Tribunal, además del contenido propio de la «*orden de residencia*» le está, también atribuyendo la responsabilidad parental. Ahora bien, el ejercicio de la autoridad parental se encuentra circunscrito a la duración de la «*orden de residencia*». Además, existen una serie de restricciones al ejercicio de la responsabilidad parental así obtenida y que se concretan en la legislación de *1989.*

d) Contrayendo *matrimonio con la madre* del menor.

El apartado indicado en la legislación de 1989, referido a la adquisición de la responsabilidad parental por el padre, tras la reforma de la legislación según *«Adoption and Children Act 2002»*, permite que el padre no casado pueda obtener la responsabilidad parental cuando su nombre se encuentre incluido en el certificado de nacimiento del menor. La Ley, menciona expresamente que más de una persona (no habla de progenitores en el sentido biológico de la palabra) pudieran ostentar la responsabilidad parental del menor al mismo tiempo, y se completa esta disposición afirmando que la persona que tenga la responsabilidad parental del menor[261] no deja de ostentarla por el hecho de que otra persona adquiera la autoridad parental sobre ese mismo menor en un momento posterior.

---

261 D. CORNWELL. *Ideas de Derecho de Familia en Gran Bretaña y Gales*. Edit. Thomas-More-Chambers. Madrid, 2011 Pág. 6.

En el momento en que se atribuya la responsabilidad parental de un menor, a cualesquiera de las personas antes mencionadas, ya no podrá renunciar o transferir a otra persona, aunque podrá disponer que una parte o la totalidad de esa responsabilidad sea ejercida por una o más personas que actúan en su representación.

Las responsabilidades parentales ejercitadas a favor del menor cesarán cuando éste alcance la mayoría de edad o cuando así se acuerde en una resolución judicial. En este último caso, el Juez debe velar por el interés superior del menor[262].

Igualmente, en caso de adopción del niño (en este supuesto lo que se produce realmente es una transferencia desde de los padres biológicos hacia los adoptivos) y de matrimonio del menor, la responsabilidad parental finaliza.

En cuanto al *ejercicio* de la indicada responsabilidad parental, quedan determinados:

a) Supuestos de matrimonio o convivencia: se determina que las obligaciones y deberes comprendidos en la responsabilidad parental se ejerzan por ambos progenitores de forma conjunta. Aunque el «*Children Act 1989*» comienza imponiendo un mandato al Tribunal, concretamente, cuando afirma que:

«Cuando un juzgado resuelve sobre cualquiera asunto relativo a:

a) La crianza de un/a menor, o

b) La administración de la propiedad de un/a menor o la gestión de los ingresos derivados de la misma,

El bienestar del menor será el criterio predominante a tener en cuenta por el Juzgador».

---

262 M.A. PRESNO LINERA. «El derecho europeo de familia». *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional.* Nº 22. 2008, pág. 13.

En este sentido, los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental son ejercitados de forma igualitaria por los titulares de la misma[263]. En caso de desacuerdo, los progenitores son libres de acudir a los Tribunales para que éstos decidan lo conveniente en cada caso. No obstante existe previsión en virtud de la cual, cualquier persona que tenga atribuida la responsabilidad parental podrá actuar por su propia cuenta en el cumplimiento de sus responsabilidades. Por su parte se matiza afirmando que la actuación debe ser conforme a las órdenes dictadas bajo las determinaciones del «*Children Act 1989*». Esta independencia de los titulares en la gestión, se incluye en el objetivo general de tratar de estimular a los progenitores a sentirse más implicados y responsables en lo que al bienestar del menor se refiere. Aunque bies es cierto que cuando el menor reside con uno de los progenitores, el otro titular no puede interferir en las decisiones de la administración ordinaria y diaria.

Debe no obstante tenerse en cuenta, que existen decisiones que no pueden adoptarse sin el consentimiento conjunto de los titulares de la responsabilidad parental. En este sentido y según los tribunales, pueden destacarse:

— Las relativas a la escolarización.

— El cambio de apellido, y

— El cambio de la residencia habitual.

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

En principio, las crisis de pareja o de matrimonio no afectan a la titularidad ni al ejercicio de las responsabilidades parentales, ya que ambos progenitores siguen ostentando las mismas obligaciones respecto de sus hijos.

263 M.A. PRESNO LINERA. *Op. cit.*, pág. 18.

Si tras una ruptura, los progenitores no llegan a un acuerdo, en la demanda contenciosa, uno de los progenitores deberá acompañar una propuesta de convenio en la que se reflejarán todas las cuestiones relativas a los hijos, en resumen: la residencia del menor, su educación, cuidado y mantenimiento que deberán de ser resueltas por los tribunales.

En la actual regulación legal, ya no existe el concepto de *«custodia»*, éste ha sido absorbido por el de responsabilidad parental que es mucho más amplio. En este sentido y en el contexto de una ruptura de la convivencia, y sin perjuicio de la libertad que tienen las partes (matrimonio o pareja de hecho[264]) para establecer los acuerdos que estimen convenientes, los tribunales, en el momento de organizar las obligaciones y deberes de los progenitores respecto de sus hijos, adopta una serie de *«decisiones»* que se encuentran descritas. Este tipo de *«decisiones»»* abarcan aspectos que van más allá de la fijación de la residencia del menor, y referido a todas las implicaciones directas e indirectas en cuanto a la custodia de los menores.

El Juez cuando considere la adopción, modificación o nulidad de alguna de las decisiones recogidas, deberá tomar en cuenta especialmente:

a) Los deseos y sentimientos del menor, partiendo de su edad, capacidad y madurez.

b) Sus necesidades físicas, emocionales y educativas.

c) Los efectos que el cambio de circunstancias pueda tener sobre el menor.

d) La edad, sexo, antecedentes y cualquier otra característica del menor que el Juzgado entienda relevante.

---

264 M. MARTÍN CASALS. «Las parejas de hecho en el Derecho Europeo: realidad, variantes y perspectivas» *Asociación española de abogados de Familia*. Madrid, 1999, pág. 183.

e) Cualquier daño que haya sufrido o pueda llegar a sufrir el menor.

f) La capacidad de cada uno de los progenitores y cualquier otra persona que tenga encomendada la satisfacción de las necesidades del menor.

En cualquier caso, el tribunal, en el momento de adoptar una «*decisión*» judicial deberá valorar bajo el prisma del mejor interés del menor, si es preferible acordar una medida de esta naturaleza o abstenerse de hacerlo.

Para la toma de todas estas decisiones el Juez[265] dispone de un amplio margen de discrecionalidad. Como ya se ha adelantado, el Juzgado posee la autoridad para dictar una serie de «decisiones» que determinan con quién va a residir el menor y los contactos personales del progenitor no residente con sus descendientes. Así puede acordar:

— Régimen de visitas.

— Residencia: determina con quién va a residir el o la menor.

Reiterando lo expuesto anteriormente, si se acuerda una «*orden de residencia*» a favor del progenitor que no ostenta la responsabilidad parental, esto significa que, a través la citada decisión judicial, se le concede, igualmente, la responsabilidad parental pero con algunas limitaciones legales. Una «*orden de residencia*» puede ser establecida a favor de dos o más personas aunque no convivan, y aunque no cohabiten con el menor. En estos casos, la «*orden*» deberá especificar los periodos de tiempo durante los cuales el menor compartirá la convivencia en las diferentes residencias. En dicha cuestión, en la Ley no se determinan métodos ni medios para supervisar los resultados de esta «*residencia com-*

265 J.M. GARCÍA MORENO. «Algunas notas sobre la responsabilidad de los jueces en Inglaterra y Gales». *Estudios de derecho judicial*. Nº. 153. 2008, pág. 562.

partida». En el *«Children Act 1989»* no se menciona la posibilidad de que el menor comparezca ante el Tribunal. Si fuera necesario, el Tribunal, a la hora de adoptar una «orden de residencia», puede basarse en informes técnicos realizados por el gabinete psicosocial adscrito al Juzgado (aunque no son vinculantes, el Juzgado tiene en cuenta sus criterios para la toma de la decisión).

Según la legislación, en principio, las siguientes personas —y no exclusivamente los progenitores— tienen derecho a solicitar una *«orden de residencia o contacto»* en relación al menor:

a) Cualquiera de lo progenitores.

b) Cualquier persona con la cual el o la menor ha vivido durante un periodo de al menos tres años.

c) Cualquier persona que:

— Durante la vigencia de una *«orden de residencia»*, tenga el consentimiento de cada una de las personas a cuyo favor se acordó la referida *«orden»*.

— Obtenga el permiso de la autoridad local cuando el menor esté bajo su cuidado.

— Tenga el consentimiento de una de las personas que ostentan la responsabilidad parental del menor.

Se pueden destacar otro tipo de resoluciones:

— *«Prohibición para tomar decisiones»:* establece una prohibición para tomar decisiones, sin consentimiento expreso del Juzgado, en aquellos temas que se recogen en la propia *«prohibición»* y que en un principio serían materias que podrían resolver los titulares de la responsabilidad parental.

— Resolución específica que el Juzgado adopta para proporcionar instrucciones dirigidas a resolver una cuestión concreta que ha surgido respecto de cualquier aspecto relativo a la responsabilidad parental del menor.

Todas estas «decisiones» adoptadas podrán:

a) Contener instrucciones relativas a su aplicación.

b) Imponer condiciones a las personas en cuyo favor se dicta y que deberán ser cumplidas.

c) Dictarse por un período de tiempo determinado o incluir estipulaciones concretas limitadas también temporalmente.

d) Ir asociadas a otras estipulaciones complementarias.

El Juzgado, cuando el interés del menor lo requiere, en el momento de dictar estos distintos tipos de «decisiones», tiene el poder de acordarlas incluso de oficio[266] sin que sea precisa una solicitud de las personas legalmente habilitadas. Se trata de una situación excepcional basada, exclusivamente, en una necesidad clara y específica del menor. En consecuencia, el tribunal puede dictar una resolución relativa a la residencia del menor incluso con la oposición de uno de los progenitores.

En cuanto a la mediación se refiere, si bien es cierto que no se contempla como exigencia, el sistema judicial inglés promueve y estimula el recurso a la misma como vehículo para alcanzar acuerdos entre las partes considerados, de esta forma, más estables y duraderos en el tiempo. No obstante, los progenitores pueden acordar libremente la fijación y ordenación de la residencia del menor. Además, existe la conciencia de que un convenio relativo a la residencia del menor, cualquiera que sea su contenido, tiene mayores probabilidades de éxito en la práctica si es acordado de común acuerdo por los progenitores, y no impuesto por una resolución judicial, de ahí que la propia legislación prevea la posibilidad de que el Juez pueda no entrar a resolver determinados aspectos si considera que no va a favorecer el ejercicio consensuado de la responsabilidad parental.

---

266 J.M. GARCÍA MORENO. «El derecho procesal en Inglaterra y Gales». *Rev. de derecho procesal*. 2005, pág. 127.

7.2.3. Italia

La doctrina italiana[267] ha comenzado distinguiendo los efectos de la ruptura de pareja como: a) primarios: los que derivan directamente de la cesación del estado conyugal; y b) secundarios: los no necesarios ya que su aparición no se da en todos los casos. Como en el caso en que existan descendencia, dado que la responsabilidad parental se producirá únicamente en el caso de que existan hijos.

En el Derecho civil italiano si bien no existe una definición legal, la doctrina y jurisprudencia admiten que la responsabilidad parental (*«potestà genitorale»)* comprende la totalidad de derechos y obligaciones (esto es lo referido a «autoridad») y la atribución de tales derechos y obligaciones (ello referido a «responsabilidad») que son ejercitados exclusivamente en beneficio del menor.

En este sentido, la doctrina distingue diferentes aspectos en la *«responsabilidad parental»:*

— Aspectos internos: referidos a las relaciones entre progenitores e hijos.

— Aspectos personales: los que se refieren al cuidado y desarrollo del menor.

— Aspectos patrimoniales: relativos a la administración de las propiedades del menor.

No obstante, también comprende, el poder para adoptar todas las decisiones necesarias dirigidas al cuidado y asistencia moral y material del menor. En cuanto a ello, todas las decisiones relativas al cuidado, educación, instrucción, representación legal

267 M. DE LA CÁMARA. *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*. Madrid, 2002. Edit. Civitas, pág. 219.

del hijo, gestión y administración de sus intereses económicos (salvo que se requiera una autorización del Juzgado para aquéllos actos que exceden de la administración ordinaria) se configuran como deberes que recaen conjuntamente sobre ambos progenitores.

La responsabilidad parental sobre los hijos corresponde, como se acaba de exponer, a ambos progenitores (matrimonio o pareja de hecho[268]) hasta su mayoría de edad o emancipación. En este sentido dispone el artículo 30.1 de la Constitución Italiana que es un derecho y deber de los progenitores mantener, educar y proporcionar a sus hijos unas directrices morales.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta el artículo 147 CC., que establece que en el ejercicio de tales derechos y deberes, las aptitudes del menor, sus inclinaciones naturales y aspiraciones deben ser tomadas en consideración. Y en relación con lo anterior, los progenitores deben velar por el desarrollo físico y mental de sus hijos, protegerlos y mantenerlos, fomentar y supervisar su formación, desarrollar su personalidad y promover su bienestar psicológico y físico.

En general, la titularidad de la «responsabilidad parental» corresponde al progenitor que ha reconocido al hijo, y la ostentarán ambos progenitores siempre que hayan reconocido ambos al hijo común; según la evolución de la sociedad actual[269], si no viven juntos, la «responsabilidad» corresponde al progenitor con el cual el hijo convive y si no convive con ninguno de los dos, corresponderá al primero que le haya reconocido. No obstante, el Juez, actuando en beneficio exclusivo del hijo puede dictar una

268 M.E ROVIRA SUEIRO. «La familia de hecho en Italia: estado actual de la cuestión». *Rev. Derecho privado y Constitución*. Nº 12. 1998, pág. 275.

269 M. VALLI. «La evolución de las familias en los países del Mediterráneo: Italia». *Rev. española de investigaciones sociológicas*. Nº 70. 1995 Pág. 117.

resolución por la que excluya a ambos progenitores del ejercicio de la dicha responsabilidad procediendo al nombramiento de un tutor.

En cualquier caso, y según el art. 317 bis CC, el progenitor que no ejerce la indicada responsabilidad, conserva el derecho de vigilar la instrucción, educación y condiciones de vida de su hijo.

Se pueden destacar los siguientes casos, según la legislación:

a) Supuestos de matrimonio o convivencia.

A tenor de lo determinado en art. 316 del Código Civil italiano, la «responsabilidad parental» la ejercitan de común acuerdo ambos progenitores y, además, su ejercicio no se encuentra supeditado a la vida en común.

b) Supuestos de ruptura del matrimonio o de la pareja.

Según el art. 317.2 CC párrafo segundo, en caso de separación, divorcio o nulidad, por principio, la «responsabilidad parental» se otorga a ambos progenitores. Así, las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a su educación, salud etc… las tomarán ambos progenitores, de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo, las partes pueden acudir al Juez quién dirimirá y adoptará la resolución oportuna.

En el sistema civil italiano, del conjunto de derechos y obligaciones que conforman la denominada «responsabilidad parental», con las características anteriormente expuestas, puede distinguirse una parte que se inserta en la convivencia ordinaria del menor (*«affidamento»).*

Se puede indicar que el régimen de la «custodia» (*affidamento)* en Italia se ha modificado con ocasión de la reforma operada a través de la Ley 54/2006 de 8 de Febrero, aprobada tras largos debates parlamentarios.

Haciendo referencia a la anterior legislación, el artículo 1 de la referida Ley modifica el artículo 155 del Código Civil italiano que establecía que, en los supuestos de separación, se atribuía el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental (*«potestà») al* progenitor a quien se confiaba el cuidado del menor.

Sin embargo, el artículo 6.1 de la Ley nº 898, de 1 de diciembre de 1970, reguladora del divorcio en Italia, tras sucesivas reformas legales del ordenamiento[270] italiano, concedía al Tribunal, cuando lo considerase conveniente para el interés del menor, la posibilidad de disponer de la custodia conjunta o alterna (*«affidamento congiunto»* o *«alternato»)*, por tanto coexistían dos regulaciones diferentes para la separación y divorcio y con consecuencias jurídicas distintas asociadas a cada uno de los supuestos. Sin embargo, la reforma del año 2006, vino a igualar las referidas diferencias.

Así por tanto, la legislación italiana, establece diferentes tipos de custodia (*«affidamento)»:*

— Custodia compartida (*«Affidamento condiviso»)* es la novedad introducida con la determinación expuesta en el art. 155 CC. Significa ello que el Juez al regular los efectos de la separación de los cónyuges, debe valorar prioritariamente la posibilidad de establecer la indicada custodia, que permita a ambos progenitores tener una intervención activa en la evolución y desarrollo de sus hijos y el único criterio rector para otorgarla , que expone el texto legal, es el interés moral o material del menor, anteponiéndolo al deseo o exigencias de sus progenitores, a fin de evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias perjudiciales para el menor que pudieran derivarse de la ruptura.

---

270 S.GAMBINO. «La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos». *Rev. de derecho constitucional europeo*. Nº. 8. 2007, pág. 193.

— Responsabilidad parental conjunta (*«Affidamento congiunto»)* expuesta en el artículo 6 de la Ley de Divorcio. Se considera que no nos encontramos con una *«custodia compartida»* en el sentido de alternancia de la vida del menor con tiempos más o menos igualitarios con el padre y la madre, sino que se concreta más bien con la responsabilidad parental conjunta en la que, ambos, padre y madre, pueden y deben intervenir, de forma paritaria, en la educación de sus hijos, corresponsabilizándose ambos en la crianza de sus hijos comunes, en un amplio sentido.

Por tanto, en estos supuestos, ambos progenitores, aunque uno de ellos no conviva con el menor, comparten en igualdad[271], los mismos derechos y responsabilidades respecto de todas las decisiones que conciernen al menor.

— Custodia alterna regulada (*«Affidamento alternato»)*, determinada en el artículo 6 de la Ley de Divorcio; este tipo de custodia sí que exige la alternancia de periodos, más o menos largos, de convivencia con uno y otro progenitor, ya sea trasladándose el menor al domicilio de cada uno de los progenitores, o bien alternando los propios progenitores la convivencia en el domicilio que fuera común.

— *Custodia exclusiva («Affidamento esclusivo»)* a un solo progenitor.

Esta posibilidad se encuentra expuesta en el artículo 155 bis CC, en su redacción del año 2006. Este precepto atribuye al Juez la potestad de otorgar, bien a petición de parte, bien de oficio, la custodia de los hijos a uno solo de los progenitores en caso de que considere, siendo debidamente motivado, que la custodia al otro progenitor puede perjudicar el interés del menor. El Juez,

271 I. CAMPILLO POZA «Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España». *Rev. Política y Sociedad*. Nº 1. Vol. 47. 2010, pág. 191.

si admite la petición, puede conceder el *«affidamento esclusivo»* al progenitor demandante salvando, en lo posible, los derechos del menor los cuales constan previstos en art.155 CC párrafo primero. Es decir, el derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cualquiera de ellos, de recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y de mantener relación con los familiares y ascendientes de ambas líneas familiares.

No obstante, en este sentido, debe tenerse en cuenta que también queda determinado, que si la demanda de custodia exclusiva resultara manifiestamente infundada, el Juez tendrá en cuenta la actitud del progenitor demandante con el fin de determinar las medidas a adoptar en el interés de los hijos.

Las nuevas exposiciones contenidas en el indicado art. 155 CC constatan, por tanto, el principio del interés del niño ya contenidos en los artículos 9.3 y 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, y regulan los aspectos relativos a la custodia y régimen de visitas no como un derecho de los progenitores a mantener contacto con sus hijos, sino como un derecho del menor a conservar ese vínculo con ambos progenitores, habiendo supuesto la modificación, un cambio ya que se establece, con carácter general, que, en caso de separación o divorcio:

— La responsabilidad parental será ejercida por ambos progenitores y no solamente por aquel a la que haya sido confiado el cuidado del menor.

— El hijo menor tiene derecho a establecer una relación equilibrada y continuada con cada uno de sus progenitores.

— El hijo menor tienen derecho a recibir cuidados, educación e instrucción de ambos progenitores.

— El hijo menor tiene el derecho de mantener una relación con la familia paterna y materna.

También consta determinado que el Juez, antes de pronunciarse sobre la atribución de la custodia deberá oír al menor que tuviere doce años de edad, o de edad inferior, si tuviere suficiente juicio. La normativa legal exige que el Juez adopte las medidas relativas a los mismos con «*exclusiva referencia al interés moral y material del menor*», debiendo establecer a cual de los progenitores otorga el «*affidamento*», y regulando el resto de las medidas inherentes a tal pronunciamiento, apoyándose en los medios de prueba que considere pertinentes, entre los que se encuentra la audiencia del menor.

Tampoco el legislador italiano ha definido o concretado cual es el alcance de su interés[272], que deberá ser individualizado en cada caso concreto, valorando las circunstancias individuales (como son la capacidad de cada uno de los progenitores en orden a su educación, la relación que cada uno de ellos mantenga con los menores, el tiempo disponible de cada uno de los progenitores para el cuidado de los hijos etc) lo que supone conceder al Juez una gran discrecionalidad para poder decidir en cada caso, el sistema de custodia que considere más adecuado para proteger el «*exclusivo interés moral y material del menor*», pudiendo valerse el Tribunal de los medios de prueba que estime oportunos, tales como el ya indicado «audiencia» en los supuestos expuestos.

Igualmente, es de indicar el art. 155, referido al uso de la vivienda familiar, que será atribuido teniendo en cuenta prioritariamente el interés de los hijos. Se establecen, igualmente, algunas reglas dirigidas a orientar al Juez en la asignación del domicilio conyugal, cuestión delicada ya que como se ha indicado la regulación legal permite determinar el «*affidamento alternato*».

Otra cuestión que determina la Ley del año 2006, es la introducción de la mediación como un recurso para la solución de

272 S. GAMBINO. *Op. cit.*, pág. 192.

los conflictos surgidos en el seno de la familia en orden al establecimiento del régimen de custodia más adecuado, dándose al Juez amplias facultades para que, en orden a conservar el interés moral y material de los hijos, pueda, incluso, demorar la adopción de las medidas del artículo 155 CC., para que las partes, con ayuda de expertos en la mediación, logren alcanzar un acuerdo, en los procesos de separación personal de los progenitores (matrimonio, padres o parejas de hecho[273]).

7.2.4. Breve reseña de los EE. UU.

Tan solo indicar por su influencia que se observa en los estados de los EE. UU.[274] una tendencia a concederse la custodia compartida, pero no se debe olvidar la diferente consideración que existe en dichos estados entre custodia física y custodia legal. También indico que en los estudios prácticos existentes se observa que cuando se concede y se mantiene esta custodia compartida lo es porque deriva de un acuerdo entre los progenitores.

En dichos estados asimismo se procede considerar a tenor de las resoluciones dictadas por sus Tribunales, que existe custodia compartida según el tiempo determinado que el menor convive con el progenitor, esto es, desde el punto de vista cuantitativo[275], en general en EE. UU. se entiende que el tiempo mínimo de convivencia para existir tal custodia lo es entre el 25% y el 33%.

---

273 J. D. PELAYO OLMEDO. Leyes sobre parejas de hecho.: *Análisis comparado de la legislación existente en algunos países de la unión europea.: Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI.* (C. LASARTE ÁLVAREZ, A. DONADO VARA, M. F. MORETÓN SANZ, F. YÁÑEZ VIVERO. Coord.). Sevilla, 2004. Edit. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, pág. 13.

274 J.L. SARIEGO MORILLO. *La custodia compartida en Estados Unidos. Estudio de Derecho Comparado.* Sevilla, 2010. Edit. Lex Family, pág. 2.

275 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares antes la ruptura de convivencia de los padres. Actas Foro de Derecho Aragonés 2010.* Zaragoza, 2011. Edit. El Justicia de Aragón, pág. 148.

VIII. ÁMBITO. CRISIS DE PAREJA

Toda separación, divorcio o ruptura de pareja, conlleva una etapa de reestructuración familiar. Es un periodo transitorio de crisis que genera un cambio total para la pareja y de gran trascendencia para los hijos. De forma general se pueden destacar tres fases o momentos de inflexión en este proceso: antes, durante y después de la separación o divorcio, sin detenernos de forma exhaustiva, podemos destacar algunos de los aspectos más comunes:

8.1. FASE PREVIA A LA SEPARACIÓN (O RUPTURA DE CONVIVENCIA)

Este momento, suele ir acompañado de un enrarecimiento en las relaciones de pareja, referido a situaciones de tensión, discusiones, mala comunicación y continuos desencuentros; todo ello genera en los hijos sentimientos de inseguridad y tensión. A este respecto considero constatado que las reacciones de dichos descendientes ante la separación de sus padres van a estar estrechamente relacionada con el modo en que los padres afronten la situación. Una separación o divorcio consensuada de mutuo acuerdo, genera muchos menos conflictos que el mismo proceso contencioso con continuos desacuerdos. Se comprueba como la legislación ha avanzado en este sentido, y me refiero, a que no es

necesario para la separación o divorcio imputar al otro cónyuge una causa de culpabilidad, lo que beneficia para intentar una solución amistosa. El sistema objetivo[276] desde todo momento ha tratado de no proceder a indagar la culpabilidad de los cónyuges, sino de constatar la ruptura de su vida en común.

Como antes he indicado, los problemas pueden aumentar en la medida en que la situación puede acarrear a los hijos problemas psicológicos, morales o afectivos[277], y porque puede alterar la relación paterno-filial el alejamiento físico entre los hijos y uno de los progenitores.

La decisión de separarse es de los padres, las razones previas son de los padres, el conflicto también es de los padres, y por ello, los hijos deben permanecer al margen de un conflicto que no les pertenece. Aunque debe tenerse muy en cuenta que aunque es una situación que no han propiciado y no depende de ellos, les afecta de una manera muy directa.

8.2. FASE DE SEPARACIÓN (O RUPTURA DE CONVIVENCIA)

Durante el proceso de separación propiamente dicho, es necesario no implicar a los hijos en las discusiones de tipo económico, emocional, educativas etc… De igual modo hay que evitar utilizarles como intermediarios, puesto que la pareja debe tener la capacidad de diálogo suficiente para tratar los temas que afecten a sus hijos, y en caso contrario buscar los profesionales que le ayuden para ello.

---

276 M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*. Madrid, 2012. Edit. Civitas, pág. 104.

277 V.L. MONTES; V.L.– E. ROCA. *Op. cit.*, pág. 155.

El proceso puede comenzar, en sentido amplio, cuando tiene lugar el cese efectivo de la convivencia conyugal[278], por tanto la separación puede ser en dicho momento «de hecho», sirviendo de periodo de reflexión para la crisis matrimonial. En este sentido cuando existen hijos menores, se debe actuar con mucha cautela, y considero no conveniente alargar en exceso dicha situación pues puede resultar perjudicial para la familia si no se toman en breve decisiones definitivas. Esta separación puede tener efectos[279] parecidos a los de la separación legal que posteriormente pueden alegarse por los cónyuges: quien ostenta la custodia, y en este caso si se ha abonado alguna cantidad que se puede considerar como pensión de alimentos o si se han dividido ya bienes, y por tanto efectos patrimoniales.

No obstante, también se considera que nos encontramos ante el indicado proceso, mientras se tramita la separación vía judicial, esto es ya presentada la demanda ante el Juzgado, pero sin existencia de resolución, puesto que como indicamos deben realizarse los correspondientes trámites.

8.3. FASE DEL PROCESO DE SEPARACIÓN (O RUPTURA DE CONVIVENCIA)

El tercer momento podemos considerarlo después de la separación (divorcio o nulidad, o separación de la pareja de hecho). Dejo adelantado que me referiré una vez dictada la sentencia, o adoptados los acuerdos o medidas establecidos en el convenio

278 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. P. De PABLO CONTRERAS; M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (*Separación y disolución del matrimonio*) Madrid, 2013. Cuarta Edición. Edit. Colex, pág. 155.

279 V.L. MONTES; E. ROCA. *Op. cit.*, pág. 91.

regulador[280]. En este sentido considero necesario realizar una breve referencia al proceso de separación[281].

Las relaciones de la pareja, y los hijos serán determinadas mediante sentencia judicial, ya que la legislación requiere[282] de la intervención de los órganos jurisdiccionales para declarar los efectos de la separación o ruptura, dicha sentencia se puede obtener mediante un proceso de mutuo acuerdo, tras la firma del convenio regulador[283], según la tramitación determinada en los art. 90 y ss CC. Convenio que deberá ser ratificado ante la Autoridad Judicial, y sometido a la comprobación del Ministerio Fiscal[284] debido a la existencia de hijos menores, una vez determinado que no existe perjuicio para los mismos, podrá ser dictada la correspondiente sentencia.

En caso de no existir acuerdo entre los progenitores, dicha sentencia deberá obtenerse tras la tramitación de un proceso contencioso. Antes de existir una sentencia definitiva el CC regula la

---

280 Debido a mi ejercicio profesional de abogacía en Aragón, referencio que en esta Comunidad, a tenor del Código Foral Aragonés, art. 77, dicho convenio se denomina Pacto de relaciones familiares.

281 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…*C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (*Separación y disolución del matrimonio*) Pág. 155.

282 J.A. SOUTO PAZ. *Derecho Matrimonial*. Barcelona, 2003. Edit. Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, pág. 244.

283 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (*Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio*), pág. 176.

284 Ley de Enjuiciamiento Civil, Libro IV de los procesos especiales, Titulo I de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, Capítulo I de las disposiciones generales. Artículo 749 Intervención del Ministerio Fiscal. Párrafo 2.– *En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.*

posibilidad de acudir al proceso de medidas provisionales previsto en el art. 102 y 105[285].

Se habla de efectos o medidas previos o provisionalísimas que sólo subsisten si la demanda se presenta ante el Juez competente antes de los treinta días desde que fueron adoptados. Es posible su interposición con carácter simultáneo a la presentación de demanda, denominándose entonces medidas provisionales.

Estas medidas conllevan importantes efectos de acuerdo con el art. 102 CC:

a) Desaparición de la convivencia establecida en el art. 68 CC.

b) Revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

c) Cesación de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica.

Estos efectos provisionales se producen como consecuencia de la admisión de demanda de separación (nulidad o divorcio), pero como hemos indicado pueden ser solicitados con carácter previo por el cónyuge que se proponga interponer la demanda al amparo del art. 104 CC. Sus efectos terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia que ponga fin al procedimiento de otro modo. La sentencia dictada tiene importantes repercusiones personales y patrimoniales, tanto en relación a la pareja como respecto a los hijos comunes, tales repercusiones son objeto de regulación a través de las medidas definitivas.

En el caso que nos ocupa el CC dedica parte importante de su regulación a las medidas en relación a los hijos, que como

285 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (*Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio. Medidas provisionales*), pág. 174.

indicamos son en muchas ocasiones los principales afectados de por las crisis matrimoniales, y así en concreto a tenor de los arts. 92 y ss. CC: Patria potestad, guarda y custodia, alimentos, derecho de visita para en su caso el progenitor no custodio, y en tal caso en relación con ello medidas sobre la vivienda y el ajuar doméstico si estos son adjudicados como derecho de uso a los menores y al progenitor custodio.

La justicia tradicional, ha tratado de dar respuesta a las situaciones de ruptura de la pareja desde el ámbito público (juzgados) a través de un tercero neutral e imparcial (el juez), que a la vista de la información, pruebas etc… (presentadas por los abogados), decide cómo debe organizarse la vida futura de estas personas, respetando y velando siempre por el interés superior del menor.

No obstante ello, los padres son los primeros llamados a procurar, ante la crisis[286] de la pareja, las soluciones más adecuadas para sus hijos, ya que son quienes conocen la realidad de las características de la familia, pudiendo consensuar su pacto, llamado *convenio regulador*, aunque la facultad de decidir no es absoluta, ya que los pactos son sometidos siempre a la aprobación judicial, como he indicado, en este sentido el art. 90 CC señala al respecto que: «*Los acuerdos de los cónyuges (…) serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*». Continuando con ello se debe indicar que en el convenio no se plasman todas las características, o las circunstancias completas de la familia, por lo que en este sentido debemos volver a los expuesto, y es que a los padres se les presupone capaces para adoptar las medidas más convenientes, por lo que salvo que se observe una clara dejación

286 P. ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Madrid, 2006. Edit. Civitas Ediciones, pág. 142.

en la obligación, el convenio será aprobado, previos los trámites correspondientes, ya que si existen hijos menores también el ministerio fiscal deberá comprobar las condiciones que acabamos de indicar. También hay que exponer que en el curso del proceso el juez oirá a las partes, así como a los hijos menores, si tuvieran suficiente juicio, y siempre si fueran mayores de doce años.

A este respecto, una cuestión a plantear al legislador, lo es que en la practica puede no ser conveniente determinar como obligatorio oír siempre a los hijos menores, mayores de doce años, ya que si progenitores han evitado un proceso judicial contencioso, obligar al menor acudir ante un juzgado, aunque únicamente sea a fin de una breve comparecencia, puede resultar perjudicial, pues al fin en menor o mayor medida el hijo se ve involucrado en el mismo.

La forma de adoptar las medidas ante una crisis matrimonial, como indicamos, puede ser por acuerdo de los padres, o a falta de este, mediante decisión judicial. No obstante este acuerdo de los padres, para que tenga plenos efectos deberá presentarse ante el Juzgado para, tras los trámites oportunos, sea dictada igualmente resolución judicial. En algunas ocasiones se plantea la posibilidad de que este acuerdo sea privado, nos encontraríamos ante un acuerdo sin homologación judicial[287], es decir se pactan las medidas entre los cónyuges, pero estos no solicitan que se declare judicialmente la separación. Podemos decir que estamos ante un documento privado, y su efectividad únicamente lo es entre las partes, no es exigible en la vía judicial, esto significa que si una de las partes incumple el mismo, a la otra parte solo le queda iniciar un proceso contencioso, en el que podría utilizar dicho documento como prueba, pero en cualquier

287 I. LÁZARO GONZÁLEZ. *Los menores en Derecho español. Op. cit.*, pág. 220.

caso dicho documento no sería vinculante para el tribunal, ya que se valorará la totalidad de la prueba aportada[288].

Volviendo a la cuestión de los hijos menores, resulta incuestionable que el juez no está vinculado por los acuerdos de los progenitores en lo relativo a los hijos menores, pero no sucede lo mismo en lo relativo a los pactos de índole patrimonial que afecten exclusivamente a los cónyuges y que hayan tenido lugar dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad. Por esto y continuando con lo anterior, lo necesario es que estos acuerdos de los cónyuges, se plasmen por escrito, y por tanto se redacte un convenio regulador[289] que refleje estos acuerdos, ello para su homologación judicial, ya que dicho convenio quedará incluido dentro de la Sentencia dictada, teniendo plenos efectos, puesto que la misma goza de total fuerza ejecutiva, teniendo por tanto validez tanto los pactos de índole patrimonial, como los de naturaleza personal.

El artículo 90 del CC señala que el convenio[290], debe referirse al menos a los siguientes extremos: a) Determinación de la patria potestad y guarda y custodia, b) Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, c) Contribución a las cargas de matrimonio y alimentos, d) Liquidación, si procede, del régimen económico matrimonial, e) Pensión compensatoria. Además del contenido mínimo, pueden incluirse otras cuestiones relacionadas con la pareja o hijos comunes, ya que el CC hace una enumeración abierta.

---

288 Así lo determina la mayor parte de la Jurisprudencia: STS 22 de abril 1997, que indica el resumen como *el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico,* o la STS 21-7-90, que también determina el principio de libre apreciación de la prueba en cuanto a la aportación de un convenio no homologado judicialmente.

289 A.M. PÉREZ VALLEJO. *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* Granada, 2001. Edit Comares, pág. 72.

290 V.L. MONTES; E. ROCA (Coord.) *Derecho de Familia.* Valencia, 1995. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 151.

Pasando a la segunda posibilidad, esta es, que no haya acuerdo entre la pareja, es el Juez quien ha de fijar las medidas oportunas en el proceso contencioso. Las medidas que pueden ser adoptadas judicialmente, según he resumido anteriormente, se clasifican en provisionales o definitivas[291]: A) Medidas provisionales, son las que tienen un carácter transitorio, se solicitan a fin de que estén vigentes en tanto en cuanto se dicten las definitivas en el proceso principal. Pueden solicitarse con antelación a la presentación de la demanda principal, en tal caso serán previas, y su contenido el indicado en el artículo 102 CC, o bien coetáneas, la cuales se instan al mismo tiempo que la demanda principal, con el contenido del art. 103 CC. Que ambos en términos generales, son referidos a: Guarda y custodia, régimen de visitas, atribución del uso de domicilio, y contribución a las cargas del matrimonio. Se debe aclarar por tanto que en las mismas no se determina el concepto de pensión de alimentos o pensión compensatoria, ya que por el hecho de ser provisionales, el concepto económico es referido a «cargas del matrimonio». Se suelen solicitar por razones de urgencia, ya que la vista correspondiente debe ser señalada con la celeridad correspondiente. B) Medidas definitivas. Son las que establece el Juez en el marco del procedimiento principal, y sustituirán a las provisionales en el caso de que se hubieran acordado. Los aspectos que el Juez debe contemplar en su Sentencia, como medidas definitivas, en relación a los hijos (que es lo que aquí tratamos), de acuerdo al artículo 91 y concordantes del CC, son muy similares a las indicadas para la determinación del convenio regulador.

Es por tanto realmente trascendental el contenido de las medidas en cuanto a lo que afecten a los hijos menores[292] (ya he

291 V.L. MONTES; E. ROCA. *Derecho de Familia*. *Op. cit*., pág. 139.

292 M.D. VIÑAS MAESTE. «Medidas relativas a los hijos en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda». *Rev. para el Análisis del Derecho*. Nº 3. 2012, pág. 6.

indicado que también pueden determinarse cuestiones relativas a efectos personales o patrimoniales), pues son estos lo primordial, y el interés principal según ya he expuesto. En consecuencia, deben tenerse en cuenta los principios elementales inspiradores del dictado de cualquier medida ateniente a los hijos, y según ello el reiterado principio básico de protección del menor (art. 39 CE), así el pronunciamiento en Sentencia sobre la guarda y custodia, y sobre el ejercicio de la patria potestad es de carácter necesario el Juez solo está vinculado en parte por el principio dispositivo, y puedo indicar que no se encuentra vinculado por la congruencia[293], significa esto que debido al interés primordial del menor, el juez podría decretar alguna medida que no hubiese sido solicitada por las partes, y por tanto no debe seguir literalmente dicho principio que viene determinado en el artículo 218 LEC: *Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.– 1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito (…) el Tribunal sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a los fundamentos de hecho o de derecho (…).* Por tanto como indico, en este tipo de procesos (que expondré en el apartado a ello referido sobre el proceso judicial a seguir) el Juez en interés del menor puede acordar la resolución que considere conveniente sin tener del todo en cuenta la solicitud de las partes, pero claro está que no se podría decir que sea así en su totalidad, ya que se puede exponer el supuesto en que uno de los progenitores no solicite la guarda y custodia, y sin embargo durante la practica de pruebas en el proceso, el informe de los técnicos considere la conveniencia de que dicha custodia sea entregada al progenitor que no la solicite, pues bien es mi opinión que

293 J. IVARS RUIZ. *La guarda custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil.* . El autor hace referencia en su texto a *Montero Aroca y su libro Guarda y Custodia de los hijos.* Valencia, 2007. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 49.

salvo que en el acto de la vista dicho progenitor no cambie su solicitud entiendo que el juez no concedería dicha custodia, si bien es cierto que es lo normal que si este suceso se produce, el indicado progenitor tras comprobar dicho informe manifestará la solicitud de la custodia.

El interés de los hijos[294], debe ser atendido por encima de otros criterios establecidos por el legislador, de hecho el CC dedica parte importante de su regulación sobre ello, así cuestiones como la personalidad del niño, la existencia de varios hermanos, su edad o cualquier otra circunstancia deberán acomodarse a ese principio universal y habrán de ser tenidas en cuenta en el intento de averiguar cuál es el interés que preside la adopción de medidas que les afecten. Todas estas cuestiones, incluso otras como el mantenimiento de la unidad familiar o las preferencias de los hijos, ceden ante este criterio y ninguna de ellas vincula al Juez en la toma de sus decisiones teniendo gran discrecionalidad en este ámbito. El interés del menor ha condicionado siempre le otorgamiento del derecho de visitas en general[295], interesa al menor un desarrollo armonioso en el interior de su familia, por tanto en episodios de crisis conyugales se considera conveniente el mantenimiento de la relación de los menores con sus abuelos o según los casos, con otros parientes o allegados.

294 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *(Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. Medidas en relación a los hijos)*, pág. 182.

295 G. GARCÍA CANTERO, G. *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley 21 Noviembre de 2003*. Madrid, 2004. Edit. Civitas, pág. 146.

IX. REFERENCIA AL PROCESO JUDICIAL

Debo hacer referencia al proceso judicial en general sobre esta materia, pues es necesario conocer los aspectos procesales ante la crisis familiar[296], y por tanto los procesos matrimoniales, de menores y análogos. La regulación de esta materia se vio profundamente afectada por la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, mediante el capítulo IV «de los procesos matrimoniales y de menores», del Título II del Libro IV, dedicado a los procesos civiles especiales. Pero además esta modificación, sufre otra adaptación mediante la Ley 1/2005 de 8 de Julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Como he indicado anteriormente, con las nuevas legislaciones se confiere mayor protagonismo a los cónyuges para disolver su matrimonio, evitando que el proceso se extienda en el tiempo y procurando evitar litigiosidad a la ruptura, al no tener que alegar causa legal para promover el proceso[297]. Una vez expuesta la legislación aplicable, se indica previamente que el legislador regula con esta tramitación un cauce procesal adecuado para

296 F. RIVERO HERNÁNDEZ. *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil.* Coord. por Lacruz Berdejo. Madrid, 1994, pág. 283.

297 M.C. GARCÍA GARNICA. *Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio.* Pamplona, 2008. Edit. Aranzadi, pág. 44.

determinar los efectos que puedan derivarse de la extinción de una relación no matrimonial, pero con hijos comunes habidos en la misma, se asimila por tanto su tramitación a la de los procesos matrimoniales. Al hacer referencia por tanto a otros procesos análogos, se pueden explicar las medidas a adoptar referidas a la custodia y alimentos de los hijos menores, cuando los padres no estén casados entre sí, es decir no existe matrimonio entre los padres y se produce la ruptura de esa relación. Así el artículo 770.6º establece que los procesos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores, o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos, seguirán los trámites establecidos para el proceso de separación.

Como se ha indicado en anteriores apartados, la Ley 15/2005 que modifica la regulación de la separación y el divorcio[298], surge mediante la tramitación del Proyecto de Ley que comienza en diciembre de 2004, esta Ley se encuentra destinada a modificar la regulación de la separación y el divorcio, es decir sus destinatarios son los cónyuges los cuales pretenden poner fin a su situación de crisis matrimonial finalizando por tanto dicha relación. Con ello las bases sobre las que se asienta el negocio jurídico matrimonial no son las mismas[299] que las que tenía la anterior legislación. Como cuestión previa indicaré que esta reforma sustituye un sistema de divorcio en el cual la posibilidad de solicitar el divorcio generalmente dependía de la existencia de alguna de las causas establecidas legalmente, y se consagra así el divorcio

298 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. (*Separación y disolución del matrimonio*) Pág. 155.

299 S. CARRIÓN OLMOS. *Separación y divorcio tras la ley 15/2005 de 8 de Julio. En Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*. (DE VERDA y BEAMONTE. Coord.). Pamplona, 2006. Edit. Thomson Aranzadi Pág. 165.

por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, quiera o no el otro, sin necesidad de más requisitos que el puramente temporal. En relación con lo anteriormente expuesto sobre uniones no matrimoniales, esta reforma no afectó únicamente a la disolución del matrimonio, sino a la propia consistencia del mismo, que con ella pierde parte de sus contenidos, y da un gran paso en su acercamiento a dichas uniones no matrimoniales.

Como consecuencia de ello la guarda y custodia de los hijos se menciona entre los modificados artículos, y así el art. 90.1 a) CC. «*El convenio regulador (…) deberá referirse, al menos a los siguientes extremos (…) el régimen de guarda y custodia de los hijos sujetos a la potestad de ambos (…)*». El convenio se constituye en elemento determinante[300] en la producción de los efectos y consecuencias del procedimiento y de la sentencia judicial.

Sin embargo considero que esta cuestión debería haber sido tratada con más dedicación, ya que se procedía a realizar tal reforma, y no sólo como una consecuencia de la separación y divorcio, que evidentemente lo es, me refiero al hecho de que siendo los hijos menores el interés superior según hemos tratado anteriormente la cuestión de la custodia debería ser tratada incluso de forma independiente, y además de ello deberían haber sido también modificados los preceptos relativos al ejercicio de la patria potestad, sobre la cual he expuesto un apartado, y muy especialmente los art. 156 y 159 del CC, los cuales no han sido modificados en esta reforma. La nueva situación legal parte de unas normas sobre ejercicio de la patria potestad que sigue siendo idéntica a la introducida por la Ley 13/1981. En estas anteriores reformas del Derecho de Familia el legislador había separado las relaciones matrimoniales de las paterno-filiales,

300 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil*. Madrid, 2010. Cuarta Edición. Edit Dykinson, pág. 95.

estableciendo la más absoluta independencia entre las instituciones destinadas a regular unas y otras: las matrimoniales en el Título IV, las paterno filiales en el Título V, ambos del Libro I del Código.

Como indico en relación con la patria potestad[301] (antes referenciada) continúan vigentes:

Art. 156 CC: «*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro (…) si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor (…)*».

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

En los procesos de nulidad, divorcio y separación matrimonial o de pareja[302], una de las medidas[303] a adoptar es la atribución de la guardia y custodia de los hijos, es decir determinar en compañía de quien van a quedar los hijos, así como establecer un régimen de visitas para el otro progenitor. Así con la legislación anterior no existía otra opción, pues aunque ambos progenitores

---

301 M. PÉREZ SALAZAR-RESANO. *Patria Potestad*, en P. GONZÁLEZ POVEDA. *Tratado de Derecho de Familia*: *Aspectos Sustantivos y Procesales*. Madrid, 2005. Edit. Sepin, pág. 180.

302 Denominados por los juzgados: «*procesos de custodia, alimentos, menores*» y son aplicados por analogía los mismos procesos que para separación, divorcio o nulidad.

303 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *(Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio. Medidas en relación con los hijos)* Pág. 182.

ostenten la patria potestad[304], solo uno ostentaba la guarda, lo que significa en la práctica que quien la ostenta toma las decisiones cotidianas.

Asimismo el efecto económico más trascendente de la atribución de la custodia es que conlleva el uso de la vivienda familiar, además el indicado progenitor tendrá derecho a una pensión alimenticia para los hijos[305]. Esta es la regulación general que se ha determinado en las anteriores legislaciones.

304 M. I. MORÁN GONZÁLEZ. *El Ministerio Fiscal y los sistemas de Guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor*, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: *Custodia Compartida y Protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2009. Madrid, 2009. Consejo General del Poder Judicial, pág. 77.

305 V.L. MONTES; E. ROCA. *Derecho de Familia*. Valencia, 1995. Edit. Tirant lo Blach, pág. 156.

X. EFECTOS EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA (SEPARACIÓN, DIVORCIO, NULIDAD, RUPTURA DE LA PAREJA DE HECHO)

Por tanto en cuanto a las medidas[306] a determinar, tanto mediante convenio entre partes, como por resolución judicial, es primordial el contenido de las mismas, el cual podemos indicarlo como el elemento objetivo[307], y así debe incluirse: a) La patria potestad, b) Guarda y custodia, c) Derecho y régimen de visitas, d) Alimentos. Comentaremos estos conceptos.

En cuanto a la patria potestad, ya h tratado este concepto en anteriores apartados, únicamente incidir en que es irrenunciable[308] (impone a los padres deberes jurídicos que no admiten renuncia), y que normalmente cuando existe una separación de la pareja, ambos progenitores siguen ostentando la misma, y conservan los derechos y deberes de forma indisoluble[309], aunque

306 F. LLEDÓ-YAGÜE. *Sistema de Derecho Familia*. Civil. Madrid, 2002. Edit. Dykinson, pág. 112.

307 I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores en Derecho español*. *Op. cit.*, pág. 226.

308 F. LLEDÓ-YAGÜE. *Op. cit.*, pág. 315.

309 M. PÉREZ SALAZAR-RESANO. *Patria Potestad*. En P. GONZÁLEZ POVEDA. *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid, 2005. Edit. Jurídica Sepin, pág. 180.

bien es cierto que la forma en que se desarrolla su ejercicio puede modificarse si solo uno de los padres ostenta la guarda y custodia, pues el otro no convive a diario con los hijos. Esta cuestión no se plantearía en el caso de la custodia compartida.

La guardia y custodia de los hijos, entendemos que debe ser la primera de las cuestiones que se plantee al abordar la crisis matrimonial o de pareja, ya que hasta la modificación de la legislación el hecho de existir exclusivamente la posibilidad de la custodia para uno solo de los progenitores, daba lugar en muchas ocasiones al origen de una lucha por la indicada custodia, que conlleva el resto de las cuestiones que derivan de tal atribución, sobre todo las relativas a la vivienda y alimentos. La definición no es cuestión pacífica, puesto que lo necesario es concretar en que consiste la guardia y custodia, el artículo que da mayor claridad es el 103 CC, que lo entiende como la convivencia de uno de los cónyuges con los hijos comunes[310], o en su caso tras la modificación de la legislación, del cónyuge que corresponda según el periodo si existe custodia compartida. La atribución de la guarda y custodia no supone que se asigne a uno de los progenitores de forma exclusiva el deber de cuidar o velar por los hijos, ni el deber de tenerlos en su compañía, privándose al otro de tales funciones, ambos deben mantener dichas funciones, aunque en la práctica el hijo conviva con uno de ellos. De ahí que consideremos conveniente la custodia compartida que aquí vamos a estudiar.

---

310 I. LÁZARO GONZÁLEZ. *Op. cit*., pág. 231. La autora realiza una interesante referencia, señalando que según ZARRALUQUI, «*se trata más bien de una cuestión de distribución de los padres del tiempo de estancia con cada uno de ellos, manteniendo ambos progenitores, todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, si bien los que se deriven de la convivencia son ejercidos, en cada momento, por aquél con quien estén físicamente*». Me refiero indicando lo interesante de esta referencia, debido a que precisamente esta definición tiene reflejo en la guardia y custodia compartida que tratamos en este estudio, puesto que los tiempos de estancia se reparten equitativamente entre ambos progenitores.

Continuando con la guarda y custodia, podemos exponer dentro de este concepto, lo que podemos denominar criterios y modalidades de la misma, debemos retomar de nuevo el *interés del menor,* y en este sentido tener en cuenta especialmente también las reglas que se imponen en las comunidades autónomas[311], en general dichas legislaciones se hacen eco de los planteamientos vigentes, y se indica que la minoría de edad no es una situación de incapacidad sino un estado de las personas en los primeros años de vida, y ello ya que el principio básico que debe informar la determinación de la persona a quien se atribuya la guarda de los menores, ha de ser el beneficio del menor, el cual sólo puede ser delimitado en cada caso concreto y en atención a sus circunstancias personales y familiares. En este sentido se debe realizar la búsqueda del beneficio del menor, ya que el juzgador ha de tratar de averiguar qué situación estima más idónea para el desarrollo del indicado menor. En el curso del procedimiento existen varios mecanismos que permiten al Juez aproximarse a la realidad familiar y conocer las circunstancias del caso concreto, tales como el interrogatorio de los progenitores, la audiencia de los hijos menores[312] y el informe pericial de expertos (normalmente psicólogos y asistentes sociales). Las circunstancias que ha de examinar el Juzgador son muy variadas y entre ellas destacan la voluntad o preferencias de los hijos, sus edades, la mayor o menor dedicación de cada progenitor a su cuidado, la disponibilidad de horario de cada uno, personalidades de los progenitores e influencia de éstas en la formación de los hijos. Deberá intentar comprobarse la situación

311 J. DELGADO ECHEVERRÍA; M. A. PARRA LUCÁN. *Manual de Derecho Civil Aragonés*. Edit. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2006, pág. 120.

312 J.J. LÓPEZ ORDIALES. *Custodia compartida. Cuestiones procesales en La jurisdicción de Familia. Especialización. Ejecución de resoluciones y Custodia compartida*. Madrid, 2008. Edit. Consejo General del Poder Judicial, pág. 267.

que se mantenía anteriormente a la ruptura, y las relaciones paterno-filiales que existían.

Especialmente complicadas a efectos de atribución de la guarda y custodia son aquellas rupturas, en que ninguno de los elementos analizados puede, por sí solo servir de base a la atribución a uno u otro progenitor. Es decir los dos padres son perfectamente capaces de atender las necesidades cotidianas de los hijos, ninguno ejercerá previsiblemente una influencia negativa sobre los menores, ambos tienen intención de facilitar el contacto entre los hijos y el progenitor no custodio, y los dos disponen de un tiempo similar para dedicarlo a los hijos. Son frecuentes las sentencias sobre todo si los hijos son de corta edad, en las que en la mayoría de ocasiones, se otorga la guarda a la madre al entenderse que en esa época de vida es más necesario el contacto con la madre. Sin embargo, actualmente esta solución esta siendo modificada (se procede a dejar aquí adelantado brevemente la cuestión de la guardia y custodia compartida), pues en primer lugar existe cada vez mayor número de peticiones de los padres para obtener dicha guarda, y ello debido a que en la actualidad la figura paterna tiene una postura activa en relación con sus hijos, ya que hombres y mujeres luchan por igual para acceder al mundo laboral y en consecuencia su papel en la familiar y con los hijos es equitativo, lo que no ocurría en tiempos pasados. Volvemos en estos supuestos a la solución de instaurar la custodia compartida, precisamente en beneficio de los hijos a fin de mantener una relación fluida y habitual con ambos progenitores. Si bien, no debe olvidarse que deben también tratarse las cuestiones económicas, vivienda en común, cantidades o gastos para los hijos, etc…

Todo ello porque una de las cuestiones especialmente trascendentes es buscar la estabilidad del menor, por lo que el Juez tendrá que tener en cuenta todos los elementos (informes, etc…)

relativos a los hijos[313], y evitarle constantes cambios en su vida; este tipo de custodia daría tal estabilidad, porque considero que no encontraríamos casos de plantear nuevos procedimientos sobre situaciones en que se haya otorgado la custodia a la madre, y el padre solicite una modificación que pueda considerarse de suficiente entidad para ser concedida, lo que al final provocaría al menor cambios en su situación.

Así la guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva, es una modalidad de atribución que tiene por objeto distribuir el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los progenitores, para así procurar que tanto el padre como la madre puedan tener con sus hijos una relación amplia y estable. Durante los periodos de estancia con cada progenitor, salvo que sean especialmente cortos, suele fijarse un régimen de visitas a favor del otro. Este sistema significaría la distribución temporal de las estancias con cada uno, y evitaría el efecto nocivo que tiene la custodia tradicional el cual es que por mucho esfuerzo que pongan ambos progenitores en evitarlo, la relación que tendrán los hijos con la persona que conviven habitualmente va a ser muy distinta de la que tendrán con el que pasan menos tiempo.

En las resoluciones en que ha sido admitida esta guarda y custodia compartida, se ha establecido que los hijos vivan con cada progenitor por períodos de tiempo sucesivos de semanas, quince días, un mes, semestralmente, por años, o bien por periodos escolares. Sin embargo se ha expuesto que hay que estudiar cada supuesto concreto porque los cambios constantes del domicilio paterno al materno pueden producir inestabilidad a los menores. En consecuencia, volvemos a la cuestión centrándonos en determinar lo que es más beneficioso para el hijo.

---

313 A. MONSERRAT QUINTANA. «La custodia compartida en la Nueva Ley 15/2005 de 8 de Julio». *Práctica de Tribunales*. Nº 23. 2006, pág. 7.

Las resoluciones judiciales que admiten esta guarda y custodia han ido variando y en concreto aumentando[314], era lo más común considerar que la guarda y custodia compartida era perjudicial para los menores[315], como se indica en resumen por la posible inestabilidad que puede producir para el hijo tal medida, no obstante han sido dictadas sentencias determinando este régimen de guarda y custodia por el beneficio que reporta a los menores el mayor contacto con sus dos progenitores[316].

No debemos olvidar que puede existir algún supuesto en que la guarda y custodia se atribuya a personas distintas de los progenitores, siendo normalmente personas vinculadas íntimamente a los menores, como son por ejemplo los abuelos. Son supuestos en los que previo estudio del caso concreto, queda

---

314 Nota comparativa últimos años:

INE. Estadística de nulidades, separaciones y divorcios. 22 de Octubre de 2014: en 2013 se dictaron 95.427 sentencias de divorcio, 4.900 de separación, y 110 de nulidad. La tasa total de sentencias de nulidades, separaciones y divorcios fue de 2,1 por cada 1.000 habitantes. La custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 17,9% de los casos. Datos INE, pág. web: www.ine.es/prensa/np867.pdf (fecha entrada pág. 10 agosto 2015).

En 2022 hubo 81.302 divorcios, un 6,4% menos que en el año anterior. La custodia compartida fue otorgada en el 45,5% de los casos de divorcio de parejas con hijos, 2,3 puntos más que el año anterior. Datos INE pag web (Año 2022 Publicado: 13/07/2023) Fecha entrada web 27 diciembre 2023.

315 I. LÁZARO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pág. 236. La autora referencia aquí a M. TORRERO MUÑOZ, quien indica que considera «*perjudicial la guarda y custodia compartida para los menores debido a la inestabilidad que produce tal medida*».

316 En esta nota procedo a referenciar únicamente sentencia sobre dicha custodia, para comprobación de la existencia de concesión de tal custodia, desde hace ya algunos años. En epígrafe XI de esta tesis, es en el cual consta la referencia de sentencias sobre la indicada custodia. Sentencia: SAP de Valencia, de 22 abril de 1996: *(…) su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente, la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del otro progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo con halagos o regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones la falta de convivencia provoca, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor (…).*

claramente determinado que los padres no pueden o no están capacitados para ostentar dicha guarda (suelen ser casos extremos, como ejemplos toxicomanía o enfermedad mental), también puede suceder que la guarda y custodia sea retirada temporalmente a dichos padres, por casos como los indicados, pudiendo incluso en alguna ocasión tenerla la administración competente para el cuidado de menores.

Continuando con las medidas a determinar, y volviendo al supuesto de guarda y custodia para uno solo de los progenitores, debe determinarse el *derecho de visita y el régimen de visitas*[317]. El concepto de dicho término queda establecido en el art. 160 CC que establece, con carácter general, el derecho del padre y la madre, a relacionarse con sus hijos menores, derecho que se hace extensivo, a otros parientes y allegados[318]. La quiebra de la unidad familiar, y sea porque nunca existió convivencia, o porque esta ha cesado, hace surgir la necesidad de establecer cómo, dónde, y cuándo, podrá estar cada progenitor con sus hijos. De este modo, al tiempo que se establece con que padre han de vivir los hijos, ya sea mediante un sistema de guarda individual o compartida, es necesario determinar la forma en que el otro progenitor, podrá seguir manteniendo la relación con sus hijos.

Los artículos 90, 94 y 103, se refieren al régimen de visitas, comunicaciones y estancias del progenitor no custodio con sus hijos, en virtud de ellos quedará fijada la forma en que el progenitor que no tenga la custodia, podrá visitar a sus hijos[319].

---

317 C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. (*Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio. Medidas en relación con los hijos) Op. cit.*, pág. 185.

318 A. ACEVEDO BERMEJO. *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*. Madrid, 2006. Edit. Tecnos, pág.53.

319 V.L.MONTES; E. ROCA E. *Op. cit.*, pág.155.

El derecho de visita, en principio abstracto, se concreta en cada caso, en un determinado régimen, convirtiéndose por tanto, éste en el vehículo a través del cual se concreta aquel.

Continuando con esto, debemos indicar el fundamento, caracteres y la finalidad del indicado derecho. La finalidad de este derecho, es el mantenimiento de la relación, en todos sus aspectos, entre el hijo menor y el progenitor con el que no conviva habitualmente, en consecuencia este se plantea sobre todo en los supuestos en que tratemos la custodia tradicional, que es ostentada por uno solo de los progenitores. La fijación de este régimen, evita la ruptura de la relación, pero en modo alguno impide que esta se vea seriamente afectada. La relación que el hijo va a mantener con el progenitor que convive, y que por tanto mantiene contacto diario, ha de ser necesariamente muy diferente de la que tendrá con el progenitor con el que solo esta por periodos de tiempo cortos, aunque éste hable todos los días con sus hijos, y procure estar al corriente de sus vidas y actividades. La consecuencia de ello es que la imagen que el menor va a tener de la figura del progenitor en cuestión estará distorsionada.

Aunque no constan estudios psicológicos prácticos en este sentido, en mi opinión este problema no existiría en la guarda y custodia compartida, que tratamos en este estudio, en el que las estancias continuadas de hijo, sucesivamente con ambos progenitores permiten al menor tener la misma referencia del padre y de la madre. No obstante debemos volver a reiterar que esto no debe ser una generalidad pues las soluciones deben adecuarse a la situación concreta y determinada de cada familia en crisis.

En cuanto a la naturaleza y características del derecho de visitas[320], se configura como un derecho-deber que tiene su ori-

320 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (*Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio. Medidas en relación con los hijos)* Pág. 186.

gen en la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos, por tanto sirve de vehículo para la expresión mutua de la relación afectiva y personal entre las partes, teniendo las características de personalísimo, irrenunciable, imprescriptible y siempre subordinado al interés de los hijos. Por ello dejamos adelantado que también será necesario regularlo aunque se determine la guarda y custodia compartida, si los periodos de tiempo de distribución de la convivencia son extensos.

Este derecho es una de las medidas obligatorias a determinar en el convenio regulador o en las resoluciones judiciales, en las que habrá de determinarse la forma concreta en el que progenitor que no conviva habitualmente con los hijos podrá visitarlos y tenerlos en su compañía. Por tanto no basta el mero reconocimiento al padre o la madre del derecho, sino que se exige la fijación de períodos de tiempo concretos, para lo cual es imprescindible tener en cuenta las circunstancias específicas de la familia (edades de los hijos, horario escolar, lugares de residencia etc.…), para dar al caso concreto una solución adecuada. La edad de los hijos es uno de los conceptos que más puede afectar en cuanto a ampliación o reducción del mismo. La voluntad de los menores es otro elemento a tener en cuenta, pero para ello será necesario investigar si dicha voluntad puede estar influenciada por uno u otro progenitor, por lo que el Juzgador puede considerar necesario dicha indagación y practicar una prueba pericial psicológica.

Sin perjuicio de la libertad que existe para determinar dicho régimen, como indicación del régimen ordinario, éste consiste en que el progenitor no custodio tenga consigo a sus hijos, en fines de semana alternos, la mitad de las vacaciones escolares, y dos días entre semana. Aunque también puede ser habitual la no imposición de días durante la semana para la mejor organización de las situaciones familiares. En cuanto a la fijación de las

comunicaciones telefónicas, correos electrónicos, etc., esta suele quedar indicada en resoluciones judiciales como admitida en total libertad. Además se debe indicar que es imposible regular absolutamente todas las cuestiones que pueden surgir en relación con ello.

En cuanto al ejercicio del derecho de visita, realmente son los progenitores y resto de familia allegada[321] quienes son responsables de que este puede cumplirse y así conseguir el fin que es el mantenimiento de la relación del menor con el otro progenitor. Muchos de los problemas que plantea este derecho derivan de los conflictos personales entre los progenitores que hacen que desgraciadamente se utilice a los hijos para actuar en contra del otro progenitor[322], viéndose en estos casos especialmente afectado el adecuado desarrollo del régimen de visitas y las estancias con uno u otro.

La solución en estos casos es muy compleja, ya que si el menor se niega a ver o visitar al progenitor no custodio, si bien se puede llegar a obligar judicialmente al cumplimiento del régimen, entramos ante una gran problemática personal, y es obligar al hijo contra su voluntad a cumplirlo, cuestión que puede ser

---

321 Sentencia de AP de Salamanca de 30 de marzo de 2000 que señala: *El ejercicio del derecho de visita tiene un triple aspecto, exigiendo una colaboración de ambos progenitores, presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda, el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, estado de salud, horario de asistencia al centro educativo, actividades extraescolares, y en general cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de meno intempestivo, inapropiado, o inadecuado a las circunstancias del caso».*

322 L. ALASCIO CARRASCO. «El síndrome de alienación parental». *Rev. para el análisis del derecho.* Nº 1. 2008, pág. 4. Referencia al Síndrome de Alienación Parental (SAP), indicando aquí en resumen, que se trata de situaciones en las que existen obstaculizaciones por parte de uno de los progenitores a la relación de sus hijos con el otro progenitor, produciendo un grave daños en la bienestar emocional y desarrollo de los menores.

perjudicial precisamente para ambos. Es probable que lo más perjudicial para el menor sea la influencia negativa que, tanto el padre como la madre, pueden ejercer sobre el menor en relación a la figura del otro progenitor, derivado de un continuo desprecio y minusvaloración, pudiendo llegarse al extremo de crear en el hijo un total rechazo del otro progenitor que la haga desear no estar en su compañía[323]. Ello por tanto conlleva a, como en todos estos supuestos analizando cada caso concreto, proceder al estudio de los motivos por los cuales el hijo se niega, bien sea mediatizado por el progenitor custodio, bien por algún enfrentamiento con el progenitor no custodio etc… y examinados estos, normalmente mediante prueba psicológica, proceder a actuar para retomar la relación. Debido a que como indico desde mi opinión, desgraciadamente, esto sucede en no pocas ocasiones, actualmente existen los llamados Puntos de Encuentro Familiares[324] (P.E.F).

---

323 Procedo a referencias de sentencias que constan desde hace varios años, a fin de constatar que este síndrome ha sido estudiado en anteriores décadas, y así según Jurisprudencia en Sentencias que tratan este aspecto: SAP Huesca 1.06.94 (AC 1994/1025) «*continuo desprecio y minusvaloración, lo cual produce en el hijo confusión y desasosiego y le lleva a reprimir sus lógicas y naturales muestras de afecto y agrado por hallarse en compañía de su padre o madre*». Así como la SAP Segovia de 06.06.95 (AC 1995/1167) *pudiendo llegarse al extremo de crear en el hijo un total rechazo del otro progenitor que le haga no desear estar en su compañía.* No obstante, constatando sentencias más recientes: AP Sevilla (sección 2ª) Sent. Nº 463/2008 de 24 de octubre JUR 2009/64517 «*del informe psicosocial se desprende, no sólo que el mismo tiene condicionada o mediatizada su voluntad por parte del padre y está siendo victima de un síndrome de alienación parental, indisponiéndolo como su madre y familia materna; sino que como consecuencia de dicha instrumentalización, se está viendo envuelto en un severo conflicto emocional (…) y con la obligación de asistir a la Unidad de Salud Mental del Hospital (…)*»; AP Madrid (sección 24ª) Sentencia Nº 405/2009 de 23 de abril JUR 2009/245393 «*ha quedado plenamente acreditado el preocupante perjuicio que a la hija común menor de edad ocasiona la opción de guarda materna, hasta el punto de estar dando lugar a un inicio de lo que en un futuro próximo pasará a ser un síndrome de alienación parental o injustificado rechazo a la figura del padre (…)*».

324 Sobre los cuales expongo en apartado 7.4 de este estudio.

10.1. DERECHO DE VISITA

Continuando con el concreto concepto de Derecho de visita, se reitera el art. 94 CC, que dispone en su proposición primera[325], que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. La finalidad perseguida en clara, ya que se trata de fomentar y favorecer las relaciones humanas, y la corriente afectiva entre los titulares del derecho[326].

No obstante es trascendente dado como antes se ha expuesto los cambios en la sociedad actual, familias en las que ambos progenitores trabajan, y los hijos constante el matrimonio, han gozado de la compañía de otros familiares, por ejemplo el caso de los abuelos que dadas las actuales circunstancias sociales, cada vez ven más reforzada su presencia en la vida cotidiana[327]. Considerando que en ocasiones desarrollan una importante misión en la formación de los menores, cobrando gran relevancia en su educación y cuidado, lo que ha originado un mayor afecto entre nietos y abuelos, por lo que parece lógico no sólo que no se les prive del derecho a relacionarse con sus nietos, sino que expresamente quede preceptuado legislativamente[328]. En el momento de la ruptura, las visitas se plantean en sentido más amplio, y no exclusivamente con los padres por tanto, debemos añadir que en relación con otros parientes y allegados, el artículo 160 CC reconoce el derecho de estas personas, distintas de los pro-

325 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág.101.

326 F. RIVERO HERNÁNDEZ. *El derecho de visita*. Barcelona, 1997. Edit. Bosch, pág. 19.

327 M. PELÁEZ DEL ROSAL; P. ALEJANDREZ PEÑA; M.I. GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ. «Necesidad de la regulación material y procesal del derecho de relación entre abuelos y nietos» *Rev. Derecho y opinión*. Nº 8. 2000, pág. 448.

328 C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ. «La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados» *Rev. La Ley*. Nº 2. 2004, pág. 1744.

genitores, a relacionarse con los menores. Se considera que las relaciones personales entre menor y abuelos[329] son beneficiosas para el menor que lo insertan en un entorno familiar completo; queda claro por tanto que esta medida no se concede únicamente para satisfacer los derechos de su titular sino para favorecer los del menor visitado[330]. Dicho artículo 160 CC coloca a los abuelos en la misma situación que a otros parientes o allegados a los efectos de incoar una acción destinada a obtener un régimen de comunicaciones con un menor, se pone ello de manifiesto no sólo al ser mencionados en primer lugar sino también a lo largo del desarrollo de la Exposición de Motivos y articulado de la ley nº 42/2003[331].

Habremos de entender que estas se solicitan (por ejemplo en el caso de abuelos), cuando son los progenitores los que impiden o dificultan que exista relación entre ellos, ya que si el padre o la madre ostentan un régimen de visitas normalizado[332], durante este ellos mismos organizaran el sistema de que los menores también visiten a sus abuelos, por tanto como indico si son los progenitores los que, sin causa justificada, lo impiden, es cuando procederá esta solicitud para ejercer el derecho de visitas. Deberá tenerse en cuenta no obstante que este no podrá ser igual que el que deberán mantener los progenitores, ni en su forma, ni duración o amplitud. Dejo claro que en este apartado únicamente trato el derecho de visita, ya que otra cuestión sería que los propios abuelos sean quienes soliciten la guarda y custodia, cues-

329 G. GARCÍA CANTERO. *Las relaciones familiares entre abuelos y nietos según la Ley de 21 de noviembre de 2003.* Madrid, 2004. Edit Thomson Civitas, pág. 123.

330 R. GAYA SICILIA. «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos». *Anuario de Derecho Civil.* Nº 1. 2002, pág. 96.

331 M.L. VALLÉS AMORES. «A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos». *Rev. AC*. Nº 1. 2005, pág. 1814.

332 F. RIVERO HERNÁNDEZ. *El derecho de visita*. *Op. cit.*, pág. 81.

tión totalmente diferente, que podría ser concedida en su caso tras un proceso judicial en el supuesto de que se considere en virtud de sentencia que los padres no pueden ostentar la misma. No obstante en todo caso lo que considero claro es que no se trata de una forma de tutela otorgada a dichos abuelos, es una figura diferente[333] y por supuesto más restringida. La facultad de guarda y custodia únicamente supone que los nietos vivan en el mismo domicilio que los abuelos, ya que la patria potestad continuará siendo de los padres[334].

Debo indicar que existe la posibilidad de modificación del régimen, de su suspensión, o incluso supresión[335]. Al tratar este termino se habla por tanto de suspensión, que tiene un evidente carácter temporal, o bien la supresión definitiva sin perjuicio de su rehabilitación tras el cese de la causa que lo motivo. En consecuencia, no podemos encontrarnos de acuerdo con que pueda existir una supresión, puesto que se reconoce que efectivamente no parece admitirse la posibilidad de una supresión definitiva e irrevocable, por tanto si existe una causa de la entidad suficiente para considerar que debe suspenderse este régimen (existencia de un posible perjuicio físico, psíquico o moral, esto es situaciones de maltrato, o drogadicción), deberá darse la posibilidad al progenitor de su rehabilitación para retomar este régimen.

La protección de los intereses de los menores, exige que en las medidas que se adopten en relación a ellos deba buscarse su beneficio, y que por tanto puedan modificarse cuando las circunstancias sobrevenidas así lo aconsejen. Ello implica que

---

333 M. CARBALLO FIDALGO. «El derecho de visitas de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustanciales y procesales». *Rev. de Derecho de Familia*. N º 30. 2006, pág. 68.

334 A. ACEVEDO BERMEJO. *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial.* Madrid, 2006. Edit. Tecnos, pág. 153.

335 I. LÁZARO GONZÁLEZ. *Op. cit*., pág. 247.

este régimen no es un derecho absoluto de los padres, sino que es relativo de forma que las posibilidades de su ejercicio están subordinadas al interés de los hijos, su finalidad por tanto no es solo beneficiar al progenitor sino fundamentalmente a los menores[336]. Por tanto podrá modificarse, al igual que cualquier otra medida, cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de fijarlo (art. 90 CC). El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen (art. 776.3º LEC). Lo más adecuado sería considerar que las mentadas visitas se conciben como un derecho-deber[337].

Por su parte, el art. 94 CC al tiempo que reconoce este derecho al progenitor, establece la posibilidad de que el mismo se vea limitado o suspendido si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejaren o se incumpliera grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. En interés del menor, esta cuestión se ha tratado de igual modo en anterior regulación[338].

10.2. PENSIÓN DE ALIMENTOS

Retomando las medidas que deben ser determinadas en convenio o resolución judicial, y en relación con los hijos, se debe tratar la cuestión de la *pensión de alimentos*. Los padres pos su condición de tales, están obligados a proporcionar a sus hijos

336 F. RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 95.

337 M. SALANOVA VILLANUEVA. «Aproximación al derecho de visita». *Rev. Actualidad. Civil*. Nº 2. 1995, pág. 489. La mayor parte de la doctrina lo consideran en el mismo sentido, a modo de ejemplo: A.M. PÉREZ VALLEJO. *Régimen de visitas del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos,* en AA.VV. *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Dirección: GARCÍA GARNICA; Pamplona, 2009. Edit. Aranzadi, pág. 357.

338 MONTES V.L.; ROCA E. (coord.). *Op. cit.*, pág. 142.

lo necesario para subsistencia, desarrollo y formación, tanto en el aspecto material como moral o espiritual. Esta obligación se configura legalmente en su perspectiva patrimonial, como la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos (incluso aunque no ostenten la patria potestad[339]) la cual se va a ver afectada en cuanto a su desarrollo práctico y ejecución, por lo que es necesario establecer una forma distinta a la utilizada durante la convivencia. No significa que como consecuencia de la separación nace una obligación distinta, la obligación es la misma, pero se adecua a las nuevas circunstancias.

Relacionando brevemente esta cuestión con el régimen de visitas, debo indicar que se considera improcedente condicionar las comunicaciones al efectivo pago de las pensiones alimenticias. Si bien el art. 93 CC autoriza al juez a adoptar las medidas convenientes para asegurar al efectividad de los alimentos a favor de los hijos, el derecho de visita y estancia reconocido en el art. 94 no debe ser calificado como un derecho establecido en beneficio del progenitor no custodio, sino en interés de los menores, ya que se considera esencial para la correcta formación de la personalidad de los hijos la relación con sus ascendientes, de modo que no puede condicionarse el derecho de visita al pago de los alimentos[340]. Aunque bien es cierto que del art. 94.1 CC resulta la posibilidad de limitar o suspender el derecho de visitas cuando se incumplen grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial, la doctrina[341] suele afirmar que esa limitación o suspensión no es procedente cuanto lo que se incumple son las obligaciones alimenticias. A mayor abunda-

339 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 100.

340 A. CARRETERO SÁNCHEZ. «El nuevo planteamiento del derecho de visita». *Rev. La Ley* Nº 2. 1994, pág. 1023.

341 G. GARCÍA CANTERO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Direc. ALBADALEJO) T. II *Artículos 42 a 107 CC, 2º*. Madrid, 1982. Edit. Edersa, pág. 402.

miento en el ordenamiento jurídico existen mecanismos civiles y penales, para hacer efectiva la obligación de alimentos[342].

En cuanto a la naturaleza y caracteres de la obligación de alimentos, debo recordar en primer lugar el art. 39.3 CE que dispone «*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*» Con esta determinación comprobamos que esta obligación no finaliza al adquirir el hijo la mayoría de edad. En la práctica, normalmente las resoluciones judiciales no imponen límite temporal, y ello porque es usual en la sociedad actual que el hijo a esa fecha siga necesitando de la indicada pensión, ya que (como indicaremos sobre el contenido), este concepto no se refiere únicamente a alimentos en estricto sentido, sino a todo lo indispensable para sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos. En consecuencia, como indico aunque el hijo adquiera la mayoría de edad, es lo usual que continúe necesitando la prestación debido a que no es independiente económicamente, no tiene un trabajo estable e incluso comience otro ciclo de estudios (universitarios, etc.).

Al no existir dicho límite, en la práctica se producen situaciones en las que si no hay un consenso o entendimiento por parte de los progenitores, y no se comunica el cambio de situación en el hijo, el progenitor que abona la pensión se ve obligado a interponer proceso de modificación de medidas, solicitando la supresión de esta pensión por conocer que el hijo se encuentra trabajando, o tiene independencia económica. Actualmente hay una tendencia a considerar la conveniencia de limitar la pensión, y así incluso existe legislación al respecto[343].

---

342 M.D. GARCÍA PASTOR. *Op. cit.*, pág. 253.

343 Como en otras referencias, debido a mi ejercicio profesional en la C.A. Aragón, indico la ss: J. DELGADO ECHEVERRÍA; M.A. PARRA LUCÁN. *Manual de derecho civil aragonés.* Zaragoza, 2006. Edit. El Justicia de Aragón, pág.139. En referencia a la

En la legislación general (art. 142 CC) la prestación de alimentos[344] parece ser obligada hasta que los hijos alcancen la posibilidad de proveer por si mismos a sus necesidades[345]. Como se ha indicado no se limita a la mayoría de edad, sino a la capacidad subjetiva de ejercer una profesión u oficio.

Se debe realizar una referencia a que la obligación de alimentos[346], también se ostenta entre otros parientes, así el artículo 143 del CC, señala que los ascendientes y descendientes están obligados recíprocamente a darse alimentos[347]. En virtud de esta obligación legal una persona carente de suficientes recursos propios tiene derecho a reclamar de otra a la que está unida por determinados vínculos familiares, lo necesario para su subsistencia. Se produce un estado de necesidad[348] y surge la obligación jurídica obligatoria.

En cuanto al proceso anteriormente tratado de la posibilidad de interposición de medidas previas, debemos indicar que en

---

Comunidad Autónoma de Aragón consta el anteriormente indicado Código Foral, que como he indicado refunde la Ley 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que sobre los hijos mayores o emancipados, ya determinaba en su anterior artículo 66: *1.– Si al llegar la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completad su formación profesional, y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2.– El deber a que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que convencional o judicialmente, e hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.*

344 I. TENA PIAZUELO. La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda. Pamplona, 2015. Edit. Aranzadi, pág. 63.

345 J.L. LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, pág. 100.

346 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ *et alii. Op. cit. Curso de derecho… Derecho de Familia…* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *(Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. Medidas en relación a los hijos),* pág. 185.

347 M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. cit.*, pág. 125.

348 V.L. MONTES; E. ROCA E. *Op. cit.*, pág. 33.

sede de medidas provisionales, se dispone la obligación de fijar la contribución a cada cónyuge de las *cargas del matrimonio*[349]. En este concepto se engloba la pensión de alimentos. En el auto de medidas provisionales, se fijará una sola cantidad bajo el epígrafe «cargas del matrimonio» que incluirá, dependiendo de las circunstancias de cada caso los siguientes conceptos: alimentos de los hijos, pensión compensatoria, y otro tipo de cargas derivadas de los bienes comunes (pago de prestamos, etc.). Por el contrario la Sentencia que se dicte en el proceso principal, deberá individualizar las cantidades asignadas a cada uno de ellos.

Sobre los *caracteres* de la obligación de alimentos, indico que tiene carácter imperativo, derivado de la especial protección que se debe dispensar a los menores. La ausencia de medios en un progenitor para prestar alimentos, a diferencia de lo que sucede en los alimentos entre parientes (art. 152 CC), no implica la cesación o extinción de la obligación, sin perjuicio de que el obligado pueda ser relevado temporalmente del cumplimiento de la obligación, hasta tanto en cuanto mejor su situación económica.

Considero asimismo, que dada su naturaleza, cuando hablamos de alimentos del menor, debemos poner en consideración el art. 151 CC que determina que: *No es renunciable ni transmisible a un tercero, el derecho de alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas.*

No obstante la indicación de la posibilidad sobre compensación de la deuda, en mi opinión la Jurisprudencia[350] deja deter-

---

349 V.L. MONTES; E. ROCA. *Op. cit.*, pág. 144.

350 Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 5ª, A 15-3-2011, nº 33/2011: Resumen: *La AP estima el recurso al apreciar que no es admisible la compensación en materia de pensiones alimenticias o de deudas alimenticias de parientes, como claramente lo expresa el artículo 151 del Código Civil al establecer que no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho de los alimentos, ni pueden compensarse con lo que le alimentista deba al que ha de prestarlos. Señala la*

minado que no podrá compensarse pues quedaría en manos del alimentista decidir o no los pagos que se realizan, dejando sin efecto el interés del menor.

En cuanto al *contenido* de esta obligación, como ya hemos adelantado anteriormente, no se refiere únicamente al término en estricto sentido, sino que dicho contenido es el reflejado en el art. 142 CC: *Todo lo que es indispensable para el sustento, habitación,*

Sala que falta el requisito de que los litigantes sean recíproca y mutuamente acreedores y deudores, ya que los beneficiarios de la pensión alimenticia serían los hijos y no el cónyuge que ostenta su representación al tener la guarda y custodia, por lo que procede la estimación del motivo para que la ejecución siga adelante.

Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 5ª, A 30-12-2004, nº 03/2004: Resumen**:** *Pensión alimenticia del importe de unas determinadas cantidades satisfechas por quien es recurrente en atención y cuidado de su hija, e indica que de acuerdo con su criterio, aun cuando el Código Civil permite la compensación de pensiones alimenticias atrasadas, las cantidades que hubieran sido satisfechas por uno de los cónyuges a favor de los hijos en concepto de alimentos cumpliendo una obligación legal no pueden ser objeto de compensación.*

Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 12ª, S 14-9-1998 Resumen. *La compensación de deudas que opone la parte ejecutada a la ejecución solicitada por la actora, no puede ser acogida por la Sala (…) que la pensión de alimentos establecida a favor de la hija, goza de especiales garantías derivadas del art. 151 CC, y que no se cumplen los requisitos establecidos en el art. 1196 CC, procede desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia.*

Audiencia Provincial de Sevilla, Resumen sec. 8ª, S 8-1-2003, nº 7/2003 *La AP ha estimado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, ha revocado la resolución recurrida, y en su virtud, no ha lugar a la compensación de la pensión compensatoria y la pensión de alimentos a favor de las hijas, no es compensable que vincula elementos personales distintos.*

Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 12ª, S 18-2-2009, nº 92/2009. Resumen: *No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por el esposo divorciado demandado, contra la sentencia de instancia, que decretó el divorcio, y la AP confirma dicha resolución. No es admisible la compensación en materia de pensiones de alimentos , en consecuencia se desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado.*

Analizado de forma exhaustiva la indicada prestación de alimentos en la citada monografía de I. TENA PIAZUELO. *Op. cit.*, pág. 162. Citada reciente Jurisprudencia: *SAP de Pontevedra (sección 1ª) de 11 de septiembre de 2014 (JUR 2014,256399) que menciona expresamente la STS y que también está bien apoyada en otras resoluciones: «Como dijimos en nuestra Ss. de 19 de junio de 2010: "la cuestión del nacimiento de un nuevo hijo por el obligado al pago de la pensión de alimentos debe ser analizada en toda su extensión, en consideración con el conjunto de circunstancias concurrentes (…)"».*

vestido, asistencia médica y educación de los hijos. Considero que este concepto se refiere a la distribución entre los progenitores de los costes económicos derivados de la atención de las necesidades materiales de los hijos, ya que las necesidades morales y la obligación de mantener estas se encontrarían más bien incluidas en las obligaciones derivadas de la patria potestad. Se entiende importante dicha diferenciación, ya que la única imposición que se puede realizar al menos judicialmente es la económica, siendo evidente la imposibilidad de obligar a un progenitor a cumplir con una obligación moral para con su hijo.

Aunque al tratar aquí la custodia, se hace referencia a menores de edad, no obstante ello debo indicar que en el caso de la pensión de alimentos, la sola circunstancia de la mayoría de edad no provoca el cese o extinción de dicha pensión, ya que la obligación subsiste mientras concurra la necesidad del alimentista y los medios del alimentante[351].

Continuando con el contenido de este concepto[352] de alimentos, se debe indicar que la pensión habrá de determinarse de acuerdo con el rango y situación social de la familia, intentando mantener en lo posible el estatus económico y social preexistente a la situación de crisis matrimonial. En la fijación de alimentos, habrá de tenerse en cuenta el coste de la vivienda y suministros, los gastos de educación, vestido y alimentos de los hijos, pero hay otras partidas de gasto que no estarán incluidas por ejemplo una actividad extraescolar, solo formará parte de los alimentos en caso de que ésta sea una actividad normal o habitual en ese concreto entorno familiar.

---

351 M. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI. *Código de la familia*. Madrid, 2001. Edit. Colex, pág. 209.

352 M.A. BLANDINO GARRIDO. *Tratamiento de las concretas medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales.* En A. ÁLVAREZ ALCARCÓN, M.A. BLANDINO GARRIDO, y P. SÁNCHEZ MARTÍN. *Las Crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*. Valencia, 2010. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 3.

Sobre la obligación de prestar alimentos, el padre y la madre están obligados a satisfacer los alimentos de los hijos (art. 110 y 154 CC)[353], y así el artículo 93 CC señala que el Juez deberá establecer la contribución de cada progenitor a los alimentos de los hijos. Sin embargo las resoluciones judiciales y los convenios reguladores, sólo hacen mención de la contribución a cargo del progenitor no custodio, lo cual no significa que aquel que tiene atribuida la custodia, quede exonerado de su obligación de prestar alimentos, ya que al cuantificar el importe de la pensión alimenticia han de tenerse en cuenta la situación económica y personal que afecta a la familia en conjunto. Es decir el beneficiario de la misma es el hijo por tanto como indico en la determinación de la pensión deberá tenerse en cuenta la capacidad del progenitor no custodio, pero también del que ostenta la custodia. Esto nos hace preguntarnos si no podría incluso ser conveniente que se tratase la cuestión de tal forma que el progenitor custodio quedase también obligado de alguna forma a abonar gastos y necesidades de los hijos, con ello se hace referencia a que, en la practica nos encontramos ante muchas situaciones es las que el progenitor custodio piensa que la pensión que recibe del no custodio no cubre las necesidades de los hijos, sin darse cuenta que precisamente el mismo (el custodio), debe aplicar cantidades (en relación a sus ingresos), para dichas necesidades del hijo. La propia convivencia es una forma de contribución. Reitero que el progenitor no custodio debe comprender que el beneficiario de la pensión es el hijo, y que la indicada pensión nunca puede suponer una fuente de ingresos personales para quien tiene la custodia[354].

353 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 98.

354 Sentencia por el SAP de Valencia de 15.05.95 (AC 1995/961). En más reciente Jurisprudencia según cita de I. TENA PIAZUELO. *Op. cit.*, pág. 164: STS 3 octubre 2008 (RJ 2008, 7123): *«… dilucidar si es posible la aplicación del art. 148 CC, cuando la reclamación de alimentos se plantea en un juicio de separación, nulidad o divorcio que tienen normas específicas procesales y sustantivas…».*

En este sentido, cuando se produce el cese de la convivencia, y en cuanto a la distribución entre los progenitores de esta obligación de alimentos, se encuentra este concepto de pensión de alimentos, siendo esta la cantidad que generalmente con carácter mensual, debe abonar un progenitor al otro en concepto de contribución a la obligación de alimentar a los hijos. Indico esta expresión referida al carácter mensual, pero debo explicar que considero que dicho concepto realmente es referido al pago prorrateado mensualmente, porque realmente los ingresos que se computan para establecerlo son los ingresos anuales. Queda ello determinado en el Código Civil, según lo siguiente:

Según queda indicado en los artículos 145 y 146 CC, siendo dos las personas obligadas «se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo». La cantidad que se fije como alimentos, «será proporcional al caudal o medios de quien los da, y las necesidades de quien los recibe». En consecuencia con ello el proceso lógico a seguir sería el siguiente:

a) Establecer cuáles son las necesidades de los hijos que deben ser cubiertas y cuantificarlas. Ha de tenerse en cuenta el nivel de vida de la familia anterior a la ruptura, pero también el hecho de que la división de la familia implica siempre un aumento de muchos de los gastos.

b) Una vez fijado el gasto de los hijos, éste deberá distribuirse entre los progenitores en proposición a su respectiva posición económica, y teniendo en cuenta, además el resto de circunstancias que se determinan en legislación y Jurisprudencia.

También es importante en esta determinación la atribución que se realiza del uso de la vivienda familiar[355], por el contenido económico que la misma tiene. Por ejemplo si la vivienda fuera

355 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.* 2010, pág. 102.

de propiedad de ambos, y estuviera totalmente pagada, el hecho de que el custodio quede en la misma, y que el no custodio se vea obligado a afrontar un gasto en vivienda, tiene un considerable valor económico que deberá ser aplicado como contribución a los alimentos. Otra cuestión importante es que parece claro que los ingresos de los obligados al pago que habrán de tenerse en cuenta son los líquidos, no los brutos[356].

Lo realmente importante a la hora de determinar la pensión no son tanto los recursos de que pueda disponer el alimentante, aunque sean muchos, como las verdaderas y reales necesidades del hijo, ya que la pensión junto con la aportación del otro progenitor, lo único que debe buscar es la satisfacción de las necesidades del hijo, sin que en ningún momento deba perseguir hacer participe al hijo de los ingresos de los progenitores, por encima de lo que dichas necesidades requieran.

Según lo que antes he adelantado, lo que se realiza es un estudio de los ingresos anuales de los progenitores[357], aunque

356 Procedo a citar sentencias que referencian dicha cuestión, desde hace varias décadas, en concreto: SAP de Málaga de 9.2.99 (AC 1999/4438), y siguiendo la misma línea reciente Jurisprudencia: STS 1216/2014 (C.G.P.J. rec. 2840/2012).

357 Como nota práctica podemos acceder a «Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ: A propuesta del Grupo de trabajo de jueces de familia, el CGPJ ha venido trabajando en la creación y puesta a disposición de jueces, magistrados, abogados y ciudadanía en general de estas tablas, entendidas como un instrumento orientador adaptado a las experiencias en esta materia y elaborado conforme a bases científicas con el apoyo técnico del Instituto Nacional de Estadística (INE).; El Consejo ofrece una aplicación informática on line de las Tablas para realizar los cálculos de cada caso de forma sencilla.; El sustrato estadístico de las tablas se actualizará cuando se produzcan cambios en la estructura de gastos de las familias y, como mínimo, cada cinco años. ; La Comisión Permanente del CGPJ en su reunión de 16 de mayo de 2019 ha aprobado la actualización de las Tablas orientadoras de pensiones alimenticias en los procesos de familia publicadas en 2013 (Nota informativa).; En la Memoria explicativa de la actualización adjunta se detalla cómo han sido elaboradas las Tablas y algunas pautas básicas para su utilización». Pag web www.poderjudicial.es. (acceso pagina web 27 diciembre 2023).

posteriormente queda fijada en las resoluciones una pensión mensual, por lo que nos parece que para evitar conflictos, podría ser conveniente que esto quedase claro en las indicadas resoluciones estipulando que la pensión anual será la cantidad que se considere pero la misma será abonada por mensualidades, siendo esto realmente lo más conveniente en la práctica tanto para el que la abona, que depende en muchos casos de la nómina o percepción mensual, como para quien la recibe, que así la gestiona mensualmente. Como indico el estudio de la pensión es sobre ingresos anuales, pero al quedar estipulada mensualmente debe abonarse todos los meses, incluidos aquellos en los que el no custodio tenga consigo a los hijos, por ejemplo los periodos vacacionales.

Se plantearía aquí el problema en el supuesto de que el régimen de visitas fuese muy amplio, ya que en tal supuesto el no custodio como tendría que sufragar los gastos de los hijos durante dichos periodos, si además abona la pensión según ingresos al custodio, podría encontrarse ante lo que podemos denominar una duplicidad de pagos. Por tanto en estos supuestos, el Juzgador deberá estudiarlos para determinar la pensión a tenor de los periodos que pasa el menor con el progenitor no custodio. Esta cuestión puede enlazarse con la custodia compartida, lo cual trataremos en apartado independiente, ya que si dichos periodos de régimen de visitas son muy amplios, quizá podremos entender que nos encontramos ya ante tal custodia, y en su consecuencia plantearnos la no imposición de pensión.

Debo indicar finalmente que la mentada pensión deberá actualizarse anualmente, generalmente a través del llamado IPC, según la publicación que este establece[358]. Efectivamente tratándose de una pensión periódica y dineraria estará sometida a los

358 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 100.

efectos de la inflación. Y precisamente por ello, debo dejar apuntado que en caso de impago de dicha pensión, estará sometida a un plazo de prescripción, el cual según indica el CC, será de cinco años y por tanto pasado este plazo no podrá reclamarse al alimentista; así determina el art. 1.966 CC: «*Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1º.– la de pagar pensiones alimenticias*».

Es esta una cuestión nada sencilla, y una de las que más conflictos crea entre los progenitores, no obstante ello lo que se debe intentar conseguir es encontrar un equilibro para que ninguno resulte especialmente beneficiado ni perjudicado. Siendo como indico una de las tareas más complejas, es otra de las cuestiones que hace que quede planteado el beneficio de la custodia compartida, en la cual en principio no se impondrá dicha pensión.

En cuanto la posibilidad de modificación de medidas de la indicada pensión, nos encontramos en la misma situación que en la solicitud de otras modificaciones de medidas[359], ya que al igual que el resto, pueden ser objeto de la misma como consecuencia de cambios sustanciales en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su adopción[360]. El artículo 147 CC dispone que los alimentos «*se reducirán o aumentará proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos*», por tanto los motivos de alteración son muy varios (por ejemplo el crecimiento de los hijos, alteraciones laborales del obligado etc.…) Una cuestión

359 J.L. LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.*, pág. 108.

360 J.M. DEL VAS GONZÁLEZ. *Instituciones Jurídicas de Protección del menor en el derecho civil español*. (M.I. DE LA IGLESIA MONGE. Coord.). Madrid, 2009. Edit. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España. Colección Monografías, pág. 268. Se refiere a que «*los cambios deben ser sustanciales o transcendentales, si no, no procede tal modificación puesto que lo que se pretende es que el menor mantenga una situación similar a la que se mantenía durante la convivencia familiar*».

muy discutida es si el hecho de que el obligado al pago de la pensión tenga nueva descendencia, puede ser motivo de una reducción de la pensión, en este sentido existen posturas en todos los niveles:

— Favorables a la disminución, referidas a que es evidente que si el obligado cuenta con el nuevo hecho de nacimiento de hijos, lo que supone nuevos gastos, deberá aplicarse proporción entre todos los hijos, y por tanto deberá reducirse la existente.

— Contrarias a la reducción, las que indican que este nuevo hecho no puede ir en detrimento de las obligaciones que ya existían.

— Posturas intermedias, las que indican que cualquier modificación se aplicaría en beneficio o interés de los menores, y por tanto se deberá realizar un nuevo estudio de la situación global teniendo en cuenta la total descendencia ahora ampliada.

10.3. BREVE REFERENCIA A GASTOS EXTRAORDINARIOS

En relación con la pensión de alimentos, existe un concepto que debemos tratar, es el referido a los *gastos extraordinarios*[361], son aquellos que se presentan de manera esporádica y que previsiblemente no van a repetirse o aún cuando se pueda reiterar su presentación son imprevisibles. En consecuencia dichos gastos

361 El Auto de AP Zaragoza (secc. 4º), de 10 de mayo de 2002 (JUR 2002, 174400) contiene definición sobre ello: «*para obviar cualquier duda al respecto, hemos de señalar que por gasto extraordinario excluido de los alimentos a los que van dirigidos las pensiones alimenticias fijadas en las sentencias matrimoniales, y por ende que da lugar a un pago complementario por parte del progenitor no custodio, ha de ser tenidos aquéllos que sobrepasan el régimen ordinario de alimentos, vestido, vivienda, ocio, salud o educación, y que o bien son acordados de mutuo acuerdo por los cónyuges o responden a una necesidad ineludible. Al efecto es de señalar que las resoluciones de los tribunales han atendido para configurarlos a las notas de inhabitualidad, tanto en su cuantía, como en su producción, como de imprevisión*» (Fº Dº tercero).

quedan fuera de los anunciados en el art. 142 CC[362], y por tanto son los que no están cubiertos por la pensión de alimentos[363]. Se trata de gastos que no pueden preverse, y que no responden a una periocididad, pero no obstante deben tener carácter necesario.

Dada la naturaleza del gasto, que excede del ejercicio ordinario, considero que para exigir del otro progenitor la aportación de la parte correspondiente, debe existir previo acuerdo en cuanto a su naturaleza y a su cuantía, salvo que la protección del menor obligue a una actuación urgente e inmediata. No obstante puede acudirse a los Tribunales[364], en caso de conflicto, bien antes de realizar el gasto o bien después, a fin de que resuelvan si se trata de tal gasto, o si el progenitor que lo ha realizado se ha excedido o no en el ejercicio de su potestad. En este sentido debo dar la opinión de que si el progenitor custodio va a realizar un elevado gasto extraordinario, en el caso de que puede conside-

362 Art. 142 CC: Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán l os gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

363 I. TENA PIAZUELO. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos y vivienda.* Pamplona, 2015. Edit. Thomson Aranzadi, pág. 184.

364 Se puede indicar que es muy habitual la interposición ante los Juzgados de ejecución o de incidentes procesales para la determinación o reclamación de gastos extraordinarios. La vía procesal utilizada en general es el art. 776 LEC, con lo que se inicia el incidente previsto, que se resuelve por Auto que es apelable; párrafo 4 del indicado art. 776: *Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria, y en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que se resolverá mediante auto.*

rarse que no es necesario para el mismo, será conveniente o bien comunicarlo al no custodio a fin de obtener la correspondiente conformidad, o solicitarlo de los Tribunales, pues puede darse el supuesto de que una vez abonado no se aporte la parte correspondiente por el otro progenitor, alegando dichas cuestiones.

Respecto a la aportación, los Tribunales suelen distribuir el gasto extraordinario por mitad entre ambos progenitores. Esta cuestión también puede resultar polémica, pudiendo entenderse que la proporción debería ser la misma que la que se ha empleado para distribuir la carga de los ordinarios[365], sin embargo dentro de que como indico esta determinación es polémica, por mi parte me parece más conveniente dicha estipulación por mitad, y ello porque según lo que anteriormente hemos determinado, realmente al progenitor no custodio, aunque tiene una obligación de alimentos, no se le impone de una manera concreta en cuanto a imposición económica, y por tanto en tal sentido, no parece apropiado determinar por porcentajes económicos estos gastos, si bien los Tribunales[366] estudian su determinación a tenor de los ingresos económicos de los progenitores, concretando las necesidades del alimentista y la disponibilidad económica del alimentante.

10.4. PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIARES

En ocasiones con la existencia de hijos menores, surge problemática con la relación con los mismos, no sólo con visitas, o

365 I. LÁZARO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pág. 259. Referenciando a Mª ECHARTE FELIU.

366 Aplicación de la regla de proporcionalidad, como ejemplos: TS de 11 Marzo de 2010 (EDJ 2010/16360); AP Madrid de 11 de febrero de 2011 (EDJ 2011/53869), de 16 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/227595) de 18 de junio de 2010 (EDJ 2010/157327) que fija el 100 % a cargo de esposo, de 29 de julio de 2010 (EDJ 2010/174103) que fija un reparto del 70% y 30 %, de 3 de marzo de 2010 (EDJ 2010/67876) que fija el 50 % en función de la escasa diferencia salarial entre ambos progenitores.

respecto a entregas y recogidas (situaciones que normalmente no se producen con una custodia compartida), pero sí puede acaecer que debido a otra circunstancia ajena, los menores manifiesten su deseo de no acudir con uno de los progenitores. También en los supuestos de solicitud de visitas o relación con los abuelos. En los indicados casos, si finalmente se produce una imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, los Juzgados pueden conceder que se cumpla la misma a través de la entrega y recogida, o de las visitas en dichos Puntos de encuentro.

Considero trascendentes realizar una referencia a los mismos, dado que pueden ser necesarios en cuanto al ejercicio del derecho de visitas, o entregas y recogidas, pero además porque entre sus funciones en la vía de hecho, también se encuentra la de «intermediación», teniendo ello relación con el estudio que realizo en estas páginas.

Surgieron en España a finales de 1990, son centros normalmente públicos gratuitos, a los que se llega por derivación del Juzgado, o los servicios de asistencia social, o por acuerdo entre la familia y el propio centro. Como indico se constituyen para garantizar y facilitar el cumplimiento de las medidas de visitas o régimen acordado. Cuando existen alteraciones o problemática en las relaciones, o como ejemplo alcoholismo o drogodependencia de un progenitor, siempre se ha considerado necesario que las visitas fuesen supervisadas, ya que por otra parte se entiende que la indicación alteración no tiene alcance suficiente para negar la comunicación con el menor, pero sí que se adopten medidas adicionales a los efectos de que el menor no sufra riesgos, por lo que por ejemplo se ha impuesto que se realicen en presencia de tercera persona[367].

367 M. GARCÍA PASTOR. *Op. cit.*, pág. 258.

De ahí que finalmente se creen estos centros, cuyo apogeo llegó a partir de 2003 cuando entró en vigor la Ley reguladora de la orden de protección de la victimas de violencia doméstica[368] y en 2005 cuando se crearon los Juzgados de Violencia de la mujer[369]. No obstante la utilización de los mismos no son exclusivamente en estos supuestos extremos, sino también cuando se producen ocasiones que no son pocas, en que como acabo de indicar se utiliza a los menores para precisamente incumplir el régimen, por lo que estando dotados estos centros de personal especializado (psicólogos y trabajadores sociales), podrán determinar precisamente la causa del incumplimiento, esto es si deriva de la relación entre hijo y progenitor no custodio, o bien es el progenitor custodio quien obstaculiza la relación. Y tras dicho estudio, para el cual incluso se realiza un correspondiente informe, es posible que la relación pueda reconducirse y volver a la normalidad.

Lo procedente es que tengan una regulación concreta para su funcionamiento, normalmente mediante Decreto[370], igualmente

---

368 Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las victimas de violencia doméstica. En dicha ley se modificada el Art. 544 ter de la LEC, que en su apartado 7 determina la posibilidad de solicitar medidas de carácter civil en el proceso penal referido a estos hechos, así en concreto se tratara el régimen de visitas de los menores. Si este se declara procedente, lo más normal es que deba realizarse al menos temporalmente, y mientras se encuentre vigente la orden de protección, en un punto de encuentro, puesto que el indicado proceso penal ha sido incoado en virtud de denuncia derivada de supuestos malos tratos en el orden doméstico.

369 Creados mediante la Ley orgánica 1/04 de 28 de diciembre de Medidas de Protección integral contra la violencia, según exposición en el Título V sobre la Tutela Judicial, y capítulo I.– De los Juzgados de violencia sobre la mujer, artículos 43 a 56.

370 En la Comunidad Autónoma de Aragón a la cual como ya he indicado hago referencia por dedicarme en la misma a mi ejercicio profesional, existe proyecto de decreto de 2011, por el que se regula el funcionamiento de los puntos de encuentro familiar en Aragón, aprobándose finalmente Decreto 35/2013, de 6 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar en Aragón. Departamento de sanidad, bienestar social y familia. *BOA* num. 53.

es trascendente la concreción de su funcionamiento y regulación, puesto que volvemos de nuevo al interés del menor, siendo en la mayoría de las ocasiones dichos menores los que son entregados y recogidos en dichos centros, o incluso en los que se realiza la vigilancia y seguimiento si nos encontramos ante visitas tuteladas.

Por tanto en cuanto a lo ya expuesto sobre la familia en nuestra Constitución debemos reiterar que dado que son unidad básica de convivencia de nuestra sociedad, deben ser objeto de especial atención de las instituciones, con el objeto de conseguir el desarrollo y estabilidad emocional de todos sus miembros.

En consecuencia con ello, reitero que se observa la necesidad de la creación de estos centros, dado que una de las principales necesidades es la asistencia que requieren como consecuencia de un procedimiento de separación, divorcio o nulidad del matrimonio o ruptura de las uniones de hecho, y que puede conllevar dificultades en el mantenimiento de relaciones y visitas entre el menor y el progenitor no custodio, así como con el resto de la familia extensa. De esta manera la labor que se pretende en estos puntos de encuentro, es la protección al menor que se desarrolla en los denominados puntos de encuentro familiar (PEF), que pretenden garantizar el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores y con la familia extensa, procurando una adecuación emocional en los procesos de separación y ruptura familiar, dando cumplimiento a sentencias judiciales y resoluciones administrativas (referido ello como intermediación).

1. Es conveniente por ello conseguir una regulación homogénea, indicando los objetivos y principios básicos que deben regir su actuación, destacando la temporalidad y subsidiariedad del mismo, así como la imparcialidad de sus intervenciones. En efecto, la experiencia ha demostrado que, con carácter general,

es perjudicial para los menores utilizar este servicio durante un tiempo excesivamente prolongado, sobre todo cuando en uno de los progenitores se observan actitudes de oposición hacia el derecho de visitas del otro. Para dar un concepto de punto de encuentro familiar (PEF), podemos decir que se entiende como tal aquel servicio neutral de intervención familiar, destinado como medida temporal al cumplimiento de resoluciones judiciales o administrativas del órgano con competencia en materia de protección de menores, en las que se deba cumplir el régimen de visitas establecido entre el menor y el progenitor no custodio u otros familiares, en procesos de separaciones familiares en las que exista conflictividad que dificulte o impida el desarrollo de éstas, con el objeto de normalizar las relaciones, manteniendo el principio de no discriminación[371]. Por tanto su fundamento deviene del art. 94 CC que faculta al Juez para limitar o suspender el régimen de visitas cuando se den graves circunstancias. Dicha limitación[372] suele consistir en un horario de visita más restringido, o establecer determinadas cautelas en el desarrollo de la visita.

Son utilizados para la entrega y recogida del menor, o bien para el desarrollo íntegro de la comunicación establecida[373].

Los PEF tendrán como objetivos primordiales:

a) Garantizar el derecho del menor a mantener la relación con ambos progenitores y/o con la familia extensa,

---

371 F. SERRANO CASTRO. *Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Puntos de encuentro familiar* en AA.VV. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Madrid, 2002. Edit Dykinson. 2002, Pág. 64.

372 F. SERRANO CASTRO. *Relaciones Paterno-Filiales*. Madrid, 2010. Edit. Grupo el Derecho, pág. 124.

373 V. MAGRO SERVET. «El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código Penal por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre». *Rev. La Ley.* Nº 1. 2004, pág. 1827.

durante y después de situaciones de separaciones y rupturas familiares.

b) Garantizar la seguridad y bienestar de los menores en el cumplimiento del régimen de visitas.

c) Posibilitar a los menores expresar libremente sus sentimientos y necesidades en un espacio neutral.

d) Orientar y apoyar a los progenitores y familiares para que consigan normalizar el ejercicio de sus responsabilidades parentales. (intermediación).

e) Observar e informar al órgano judicial sobre la situación familiar y el cumplimiento del régimen de visitas.

f) Prevenir las situaciones de violencia en los regímenes de visita conflictivos.

2. En nuestro país se llegan a unas conclusiones sobre su implantación y funcionamiento derivado ello de jornadas sobre puntos de Encuentro familiar[374] a fin de obtener una regulación general. Como ya he indicado deben tener unos principios reguladores, que comenzaran por el interés del menor, y así podríamos indicar:

Los principios que deben regir la actuación del PEF son los siguientes:

a Interés superior del menor. El principio básico del PEF es la especial protección del menor, prevaleciendo ésta en caso de conflicto de intereses.

b Subsidiaridad en la prestación del servicio. El PEF únicamente será utilizado cuando sea el único medio posible para garantizar las relaciones entre el menor y su familia.

374 Jornadas sobre Puntos de Encuentro Familiar celebradas en Madrid los días 29 y 30 de septiembre de 2006, instadas por la Confederación Española de Puntos de Encuentro Familiar.

c Temporalidad. Debe ser un recurso utilizado de manera limitada en el tiempo, orientado a la normalización lo antes posible, de las relaciones entre la familia y el menor, no convirtiéndose en ningún caso en una actuación permanente.

d Confidencialidad. Los datos personales obtenidos en las intervenciones no se divulgarán fuera de los PEF, teniendo acceso a ellos únicamente las autoridades judiciales y las administraciones responsables del correspondiente servicio.

e Imparcialidad. Los profesionales que presten sus servicios en el PEF se abstendrán de cualquier comportamiento o actuación que implique una relación personal individualizada con cualquiera de las partes en conflicto. Se garantizará la objetividad e igualdad de las partes en conflicto.

f Responsabilidad parental. La función del PEF debe limitarse al apoyo de los progenitores y/o familiares, sin que en ningún caso se deleguen las funciones familiares en los profesionales.

3. Igualmente las personas usuarias de dichos servicios, ostentan derechos y deberes, que se concretan: Son beneficiarios los menores afectados por las situaciones de crisis o ruptura familiar en las que exista conflictividad familiar y/o graves problemas relacionados con el régimen de visitas; son usuarios aquellos progenitores, familiares y personas allegadas que tengan establecido el régimen de visitas en un PEF por resolución judicial o administrativa del órgano con competencia en materia de protección de menores. Se indica la obligatoriedad de resolución dado que las restricciones que se imponen deben ser consideradas con criterio estricto, y fundada en causa grave ligada al interés del menor y en evitación de serios perjuicios para este[375].

375 F. RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 266.

Por tanto la finalidad de los mismos es garantizar la seguridad y bienestar de los menores, constituyendo una alternativa de intervención temporal orientada a la normalización del régimen de visitas, encontrándose entre sus objetivos el de facilitar el encuentro del menor con el progenitor no custodio en un espacio neutral[376].

Añadimos asimismo que los servicios prestados en el PEF están indicados para las siguientes situaciones:

a) Menores que conviven con un progenitor custodio o familiar que se opone a la entrega, no facilita las visitas o éstas son conflictivas con el otro progenitor o familiar; b) Menores separados de sus padres biológicos con una medida de protección de acogimiento residencial y/ o familiar, ya sea en familia extensa o ajena; c) Menores que muestran una disposición negativa o rechazo a la relación con el progenitor o familiar que realiza las visitas, y sea aconsejable por el interés del menor, facilitar estos encuentros; d) Menores que, por razones de violencia intrafamiliar u otras, precisen de un lugar seguro, adecuado y confidencial para el cumplimiento del régimen de visitas.

El PEF no podrá intervenir respecto a aquellos progenitores o usuarios del mismo cuyo régimen de visitas se encuentre suspendido.

Especialmente se deberá determinar como derechos de las personas beneficiaria, que Se garantizarán todos los derechos reconocidos en la legislación vigente en materia de protección[377] a la infancia, y cualquier actuación que se lleve a cabo en el PEF será siempre dirigida al bienestar del menor.

---

376 A. DE LA OLIVA VÁZQUEZ. *Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas,* en AA.VV, *La protección del menor en las rupturas de pareja* (M.C. GARCÍA GARNICA. Coord.). Pamplona, 2009. Edit. Aranzadi, pág. 256.

377 M. del REY GÓMEZ-MORATA «Puntos de encuentro familiar, una transición hacia la mediación intrajudicial». *Rev. de mediación*. Nº 9. 2012, pág. 33.

4. Del mismo modo, deben tenerse en cuenta derechos de las personas usuarias, pudiendo resumirse en los siguientes:

5. a) Acceder al servicio en condiciones de igualdad sin que pueda establecerse ningún tipo de discriminación; b) Ser atendidos con la máxima objetividad, confidencialidad y profesionalidad e intimidad; c) Disponer de una persona que actúe como profesional de referencia en su caso; d) Exigir el cumplimiento de las decisiones judiciales y administrativas de los órganos con competencia en la materia; f) Ser informados de las normas de funcionamiento del PEF y las consecuencias de su incumplimiento.

6. Asimismo en cuanto a Deberes de las personas usuarias del servicio:

a) Respetar y cumplir las decisiones de los órganos derivantes; b) Aceptar mediante compromiso escrito las normas de funcionamiento del PEF, sus horarios etc; c) Mantener actitudes de colaboración y respeto, facilitando la labor del equipo técnico que atiende el centro, no admitiéndose comportamientos violentos físicos y/o verbales.

Como he dejado anunciado, las intervenciones en los Puntos de encuentro pueden ser diferentes[378], pudiendo realizarse las siguientes:

1. Entrega y recogida de los menores para la realización de las visitas fuera del centro, en la que los profesionales del PEF

378 I. SÁNCHEZ IGLESIAS. «Infancia y Adolescencia ante la separación de los padres: Efecto mediador de los Puntos de Encuentro Familiares». *Rev. de Estudios de Juventud*. Nº 73. 2006, pág. 97. Estos centros tienen como objetivo, entre otros, el cumplimiento del derecho del menor a mantener relación con ambos progenitores, así como estabilizar su nueva situación familiar. Se define el servicio y se proponen algunas mejoras con respecto al modelo actual de Punto de Encuentro Familiar. Como conclusión, se resalta la importancia de dotar a los y las menores con recursos que medien en su especial situación, consiguiendo normalizar su desarrollo a través de la adolescencia y hasta la edad adulta.

solo supervisan el inicio y la finalización de la visita, registrando cualquier incidencia que se produzca en estos momentos.

2. Visitas en el propio centro, que podrán ser:

a) Supervisadas. Cuando exista amenaza de riesgo para el menor o la situación del progenitor no sea adecuada para atenderle, en cuyo caso un profesional supervisará permanentemente la visita.

b) No supervisadas. Cuando no exista una situación de riesgo para el menor.

3. Intervención psico-social sobre necesidades del menor y su familia, destinadas a mejorar sus relaciones y el cumplimiento del régimen de visitas. El punto de encuentro deberá llevar un registro de datos que garantice el servicio, cumplimentando su actividad, siendo por tanto necesarias varias actuaciones[379], según fases a tenor del funcionamiento seguido por legislación al respecto[380]:

1.– Fase de recepción[381]; 2.– Fase de intervención[382]; 3.– Seguimiento e informes[383]; 4.– Suspensión de la intervención[384]; 5.– Fase de finalización de la intervención[385].

---

379 A.M. CASTRO SERÉN. *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*; (C. LASARTE ÁLVAREZ, A. DONADO VARA, M.A. MORETÓN SANZ, F. YÁÑEZ VIVERO. Coord.). Sevilla, 2004, Edit. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.

380 En este caso, y por mi profesión ya indicada, realizado referencia a Decreto 35/2013, de 6 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar en Aragón. Departamento de sanidad, bienestar social y familia. *BOA* núm. 53.

381 Reiterando la indicada legislación de la anterior nota por mi ejercicio profesional, en la misma se expone: Fase de recepción: a. Una vez realizada la derivación del caso, el PEF deberá abrir expediente con los datos y comunicará al Departamento competente en materia de familia la apertura de los expedientes, de los que se creará el correspondiente Registro. b) . El PEF se pondrá en contacto con los usuarios para proceder a una primera entrevista. En ella se les entregará un documento informativo del funcionamiento y normas del servicio, que deberán firmar Asimismo se recogerán

los datos necesarios para realizar una primera evaluación, asignando un profesional de referencia para cada caso.). Una vez realizada la evaluación se procederá a la redacción de un Plan Individual de Intervención Familiar en donde figurarán las actuaciones más importantes a realizar con la familia y el menor, así como el régimen de visitas establecido, y el profesional del equipo técnico del PEF referente del caso.

382 Continuando con la misma legislación referida: Fase de intervención: a.– Con el Plan Individual de Intervención Familiar elaborado, se comunicará a las partes implicadas la fecha de inicio de las visitas y comenzará la intervención propiamente dicha. Esta intervención se ajustará al régimen de visitas establecido en la resolución judicial y a las actuaciones incluidas en el Plan de Intervención. b.– Durante las visitas supervisadas, el cuidado y atención de los menores recaerá en el progenitor o familiar que ejerce el derecho de visita.

383 Según el indicado Decreto que se reitera, el mismo determina: Seguimiento e informes: 1. El PEF llevará a cabo un seguimiento de todas las actuaciones y recogerá en fichas de seguimiento, entre otros, los siguientes aspectos: a) Cumplimiento del régimen de visitas b) Actitud del menor con el progenitor y familiares que ejercen el derecho de visita. c) Actitud de los progenitores con el menor. d) Grado de colaboración de los progenitores para facilitar el cumplimiento de visitas; 2. Con carácter general, los profesionales del PEF emitirán informes de seguimiento y evolución de cada caso, con la periodicidad exigida en la resolución del órgano derivante y, si esta no lo fijase, con periodicidad trimestral, así como todos aquellos que le sean requeridos en cualquier momento de la intervención. Dichos informes deberán remitirse al órgano judicial o administrativo derivante, entregando una copia del mismo al Departamento competente en materia de familia.

384 Igualmente el expuesto Decreto, determina: Suspensión de la intervención: El profesional de referencia del caso puede intervenir en cualquier momento de la visita, si valora que las actitudes o comportamientos del progenitor o familiar perjudican al menor, e incluso suspender excepcionalmente la visita si así se estimase conveniente en beneficio e interés del menor, comunicándolo inmediatamente y de forma motivada a la autoridad derivante. El PEF podrá realizar propuesta de suspensión de la actuación, remitiendo informe al órgano judicial o administrativo por las siguientes causas: a) Incumplimiento de las normas b) Incumplimiento de los deberes c) Situaciones de riesgo para el menor, familia, usuarios y personal del PEF.

385 El reiterado Decreto de la indicada Comunidad Autónoma, concreta: Finalización: 1. El proceso de intervención de los PEF terminará por resolución judicial o administrativa del órgano derivante, o, en todo caso, por el transcurso de doce meses desde su inicio, salvo que medie resolución de prórroga de dicho órgano;2. El PEF podrá proponer a la autoridad judicial o administrativa la finalización de la intervención en alguno de los siguientes casos: a) En los supuestos en que ya no sea necesaria la continuidad en la prestación del servicio por haberse producido la normalización de la relación entre los progenitores. b) Cuando haya transcurrido el periodo de intervención y no se considere

Debido a que en dichos centros como cuestión principal, se encuentra el interés del menor[386], su organización y características serán adecuadas a los mismos[387]. Deberán reunir, además, condiciones en su ambiente, sus instalaciones, etc…adecuado a los menores, así como para desarrollar las actividades necesarias, así como personal profesional[388] formado para ello, debido a como he indicado el ya referenciado interés del menor.

---

oportuno plantear una prórroga del mismo. c) Cuando las personas que tienen reconocido el derecho de visita dejen de realizar sin motivo justificado tres visitas seguidas, o cinco de forma discontinua en un periodo de tres meses, o transcurran 2 meses sin realizar visitas. d) Cuando se observe una situación de riesgo o perjuicio para el menor, o sus familiares, otros usuarios o personal del Centro. e) Cuando se produzca un incumplimiento grave y reiterado de las normas de funcionamiento interno que haga inviable la aplicación del régimen de visitas. f) En aquellas otras circunstancias en que, a juicio del PEF, no se pueda continuar prestando el servicio de forma adecuada;3. La propuesta de finalización de la intervención, junto con el informe justificativo será remitida a la autoridad que derivó el caso. En caso de no recibirse resolución en contra, se procederá al archivo del expediente en el PEF;4. El PEF remitirá al Departamento competente en materia de familia una Ficha de Baja, en la que constarán los datos referidos al tipo de intervención realizada, su duración y cualquier otra información relevante.

386 N. BENITO BELLA. «Puntos de encuentro familiar: una realidad en alza». *Rev. Trabajo Social Hoy.* Nº. Extra 1 2005, pág.175.

387 M. BLANCO CARRASCO. «Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores». *Rev. Cuadernos de trabajo social*. Nº 21. 2008, pág. 30.

388 De nuevo retomando la concreta legislación: Decreto de la C.A. Aragón, por lo expuesto: En cuanto al Personal del Punto de encuentro familiar: 1. En cada PEF existirá un coordinador que garantizará el correcto funcionamiento del centro y que podrá compatibilizar su función con las de intervención. Será también el responsable de las relaciones con las autoridades judiciales y administrativas; 2. El equipo técnico que trabaje en el PEF deberá contar con profesionales que tengan la formación y experiencia necesaria para desarrollar funciones de intervención familiar, debiendo contar con un equipo multiprofesional variado compuesto por titulados universitarios en psicología, trabajo social, educación social o derecho.

XI. FÓRMULAS JURÍDICAS DE GUARDA Y CUSTODIA

Una vez producida la ruptura convivencial, como se ha expuesto anteriormente, una de las principales medidas a adoptar es la forma de ejercer la guarda de los hijos. Es tal cuestión evidentemente trascendente, debido a que definimos[389] la guarda como aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (mediante atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y por supuesto la responsabilidad por hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.

---

389 Me atrevo a realizar tal definición por considerar que es dicha situación es la que se produce en la practica más habitualmente. Sin embargo entre los autores que han analizado la temática, ante la variabilidad o diversidad de hipótesis, se considera que es prácticamente inútil toda definición. No obstante en este sentido en los intentos de definición se admite la expuesta. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO. *Comentarios al primer párrafo y al apartado a) del artículo 90 del Código Civil» y Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil*. AA.VV. (C. GUILLARTE. Coord.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005 de 8 de Julio.* Valladolid. 2005. Edit. Lex Nova.

Esta cuestión es realmente importante y trascendente ya que, es sabido, que con carácter general, la relación que implica la guarda de los menores determina el fortalecimiento de la relación paterno-filial en detrimento del progenitor no custodio, al que aunque se le reconoce el indicado derecho de visitar a sus hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, no comparte el quehacer diario en el que se desenvuelve la vida de los hijos.

La igualdad que implica la cotitularidad y el coejercicio se diluye en la facultad de guarda, pues es los casos que en realidad se convierten en la mayoría en que no es necesario adoptar decisiones extraordinarias en relación con la vida del menor, coincidirá el contenido de la patria potestad con el de la guarda[390] por lo que, a pesar de lo que impone la teoría, en la práctica el progenitor custodio se encuentra en una posición de supremacía.

Considero que lo conveniente es que los progenitores consigan alcanzar un acuerdo o solución al respecto, pues la mejor opción es un régimen no rigorista[391] que se alcance con la mayor naturalidad posible sin cuestiones preestablecidas.

El pronunciamiento judicial[392] que acuerda la guarda de los hijos es una medida de la que, en la legislación general, se hace depender la adopción de otras, ya que a quien se le atribuye la misma[393], normalmente permanece en el hogar familiar y adminis-

---

390 M. PÉREZ SALAZAR-RESANO: *Patria Potestad* en P. GONZÁLEZ POVEDA: *Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y Procesales.* Madrid, 2005. Edit. Jurídica Sepin, pág. 180. En concreto la autora relaciona ambos conceptos e indica: *«el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad».*

391 V. ORTEGA LLORCA. «La protección de los hijos menores en el proceso matrimonial». *Rev. Derecho Privado y Constitución*. Nº 620. 1996, pág. 5034.

392 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los Tribunales de Justicia*. Valencia, 2010. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 57.

393 A.M. LÓPEZ; V.L. MONTES (Coord.). *Op. cit.*, pág. 150.

tra la pensión de alimentos de los hijos o, desde el punto de vista opuesto, el progenitor no custodio debe abandonar la casa, lo que supone una pérdida económica en dos facetas; no obtiene ninguna compensación económica, pues no se adjudica la propiedad al custodio, sino el uso, teniendo además que seguir contribuyendo a gastos de la misma, y además se incrementa dicho gasto si el no custodio debe procurarse otra vivienda en compra o en alquiler, unido a que debe abonar la mentada pensión de alimentos. Es decir que la atribución de dicha guarda conlleva las indicadas consecuencias[394]. Por ello acaba, lamentablemente, convirtiéndose en una medida que convierte a los padres en ganadores o perdedores, pues al final según lo que se expone se transforma en una cuestión económica. Indico lamentablemente porque es claro que no debería ser así, dado que lo que tratamos en la custodia de los menores, y por tanto el interés de los mismos, que desde luego no puede ser una cuestión simplemente económica.

El conjunto de derechos y deberes que se derivan de la paternidad y maternidad o que, en general, corresponden a los progenitores, no se desvanece por la ruptura de la pareja que conforman los padres, o cuando acontece la crisis familiar, es que con más fuerza se exige en su cumplimiento o se denuncia su incumplimiento; sin embargo, en varias ocasiones se observa que a pesar de que se trata de problemas entre los adultos, con sus actitudes judicializan sus vidas y las de sus hijos, e incorporan a estos —cuando deberían mantenerlos al margen— a conflictos que son derivados exclusivamente de las relaciones entre los padres[395]. Los progenitores deben procurar crear a sus

394 L.F. RAGEL SÁNCHEZ «La guarda y custodia de los hijos». *Rev. Derecho Privado y Constitución*. Nº 15. 2001. Madrid, pág. 293.

395 M.P.GONZÁLEZ VICENTE. *Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar.* AA.VV. *«El menor y la familia: conflictos e implicaciones»*. Madrid, 1998. Edit. Universidad Pontificia Comillas, pág. 112.

descendientes un clima de normalidad, intentando no hacerles instrumentos de los problemas o frustraciones derivados de la ruptura de la vida en común[396].

Volviendo en consecuencia al ya indicado interés de los menores, es el Juez quien debe apreciar cuál es el dicho interés en cada situación y conforme a ello decidir las medidas personales y económicas que le afecten. Queda ya establecida dicha potestad en sede de patria potestad, artículo 159 CC, que determina que si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. Esta es la declaración general sobre guarda exclusiva o unilateral, que se imponía hasta el momento de reforma en que se establece la guarda y custodia compartida o alternativa que se regula en el artículo 92 CC. No obstante la guarda en exclusiva al padre o a la madre, sigue siendo la fórmula habitual en el Derecho civil general, dadas las especialidades que ostentan nuestras comunidades autónomas.

11.1. LA GUARDA EXCLUSIVA O UNILATERAL

En este sistema el juez debe elegir al progenitor más idóneo para ejercer la función de guarda[397] que, como se ha indicado en los supuestos de ruptura de la convivencia, se erige en función principal pues de ella se hace depender el ejercicio de otras facultades y deberes que integran el contenido de la patria potestad. El juez no tiene un criterio prefijado como sucedía en antiguas regulaciones[398], sino que atendiendo al caso concreto y siempre

396 E. HIJAS FERNÁNDEZ. *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*. Valladolid. 1999. Edit. Lex Nova, pág. 384.

397 A.M. LÓPEZ; V.L.MONTES. *Op. cit.*, pág. 151.

398 Antiguo artículo 73 CC, indicaba *los hijos quedarán bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.* Con la reforma de 1981 se impone el criterio del interés del menor,

en interés de los hijos, deberá atribuir la guarda a quien considere más apto, para ello deberá valorarse la situación familiar en su conjunto, utilizando en la mayor parte de los casos dictamen de los especialistas (en la practica normalmente psicólogos y asistentes sociales). Se trata de otro medio con el que cuentan los jueces para llegar a la solución más conveniente, todo ello persiguiendo el indicado interés del menor, pero no es una medida que tenga carácter imperativo ni que sea necesaria en todos los casos[399]. En principio habrá de determinarse la capacidad del padre y la madre para ejercer los deberes que acarrea la atribución de la guarda; ante la misma capacidad, el juez atenderá, entre otros, a la disponibilidad para dedicarse el cuidado de los hijos, la estabilidad del menor, la predisposición de un progenitor para facilitar la comunicación con el otro. Dedico una especial referencia a este ultimo criterio, y ello porque considero que debería resultar incluso determinante, aunque entiendo que es difícil de probar y demostrar en proceso judicial, aún contando con la ayuda de informes técnicos de especialistas[400] (psicólogos y asistentes sociales), y digo que es determinante ya que las trabas y facultades del custodio a la relación del hijo con su otro progenitor, son en muchos casos el origen del distanciamiento entre el hijo y el progenitor no custodio (por supuesto no pretendo decir que sean las únicas, puesto que existe en otras ocasiones un desinterés y falta de afecto del padre/madre voluntariamente ausente). Si esta situación llega a

---

pero continuaba estableciéndose que *si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez por motivos especiales, proveyere de otro modo* (antiguo artículo 159) ello hasta la Ley 11/1990 de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

399 P. ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen de la crisis matrimonial*. Pamplona, 2006. Edit. Thomson Civitas, pág. 48.

400 M. GARCÍA PASTOR. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales.* Madrid, 1997. Edit Mc Graw-Hill, pág. 120.

su extremo puede incluso darse el síntoma consistente en la «falta de ambivalencia» respecto a los padres, de conformidad al cual el conviviente es percibido como perfecto, mientras que el otro, adolece de todos los defectos que le imputa aquel[401]. El problema que puede darse es que el progenitor que mantiene esta actitud, no parece querer darse cuenta que con ello el único que resulta perjudicado es el menor, las principales victimas de los comportamientos asumidos por parte de los adultos son los propios hijos, que se ven obligados a vivir en un contexto en extremo conflictivo donde uno de sus padres o en su caso la familia de este asume una posición de permanente descalificación hacia el otro ascendiente (e incluso en ocasiones se extiende a la familia extensa de este[402]), incluso imputándole la responsabilidad de la descomposición familiar[403], lo que puede provocar incluso cuadros de ansiedad[404] al menor, y por ende un grave perjuicio al mismo, el cual solo escucha comentarios negativos sobre el otro progenitor[405].

Retomando la legislación general del ordenamiento jurídico español, esto es el CC, e iniciando por la premisa principal sobre la patria potestad, se determina en su art. 103 que se debe deter-

401 D.S. PEDROSA; J.M. BOUZA. *Síndrome de alienación parental (S.A.P.)* Buenos Aires. 2008. Edit. García Alonso, pág. 156.

402 L. TEJEDOR MUÑOZ. *Op. cit*., pág. 41.

403 Desde el ámbito psicológico, aunque bien es cierto que existe gran debate sobre su existencia o calificación, se denomina «Síndrome de alienación parental», caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictora con lo que debería esperarse de su condición. J.M. AGUILAR CUENCA. «El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental». *Rev. de Familia*. Nº 29. 2005, pág. 72.

404 P. GÓMEZ MAGAN. «Síndrome de alienación parental» *Rev. de familia*. Nº 38. 2007, pág. 66.

405 A. TEJEDOR HUERTA. «El síndrome de alienación parental». Madrid, 2007. Edit. Eso, pág. 20. En dicha publicación incluso siendo tratado como casos de «*maltrato psicológico infantil*».

minar en interés de los hijos con cuál de los cónyuges han de quedar sujetos a dicha la patria potestad, debe tenerse en cuenta que el padre no custodio mantiene intactas todas las facultades derivadas de dicha figura (salvo privación de las misma por las causas legales), por lo que aquel que ejerce la guarda no sólo no debe obstaculizar su ejercicio, sino incluso facilitarlo[406].

Una vez que queda determinado un progenitor como custodio, éste debe dispensar a los hijos la asistencia y cuidados que aquellos precisen en su vida diaria, lo que le coloca en una situación de preeminencia frente al progenitor no guardador, al que sólo se le reconoce el derecho a relacionarse con sus hijos menores conforme a lo dispuesto en la resolución judicial (art. 160 CC); así el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho que se concreta en el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (art. 94 CC). No obstante este es un derecho de visita, comunicación y compañía[407], el padre o madre aunque no ostenten la custodia tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores. Ha sido conocido comúnmente como «derecho de visita», pero en realidad tiene un alcance mayor que su terminología, pues también abarca el derecho a comunicarse por cualquier medio con el hijo y tenerlo en su compañía.

Como ya se ha indicado el titular de la custodia, normalmente también será el beneficiario de la vivienda familiar y el administrador de la pensión de alimentos que debe sufragar el padre no custodio para sus hijos[408].

---

406 A. DE LA OLIVA VÁZQUEZ. *Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativa*s, en AA.VV., *La protección del menor en las rupturas de pareja* (GARCÍA GARNICA. Coord.). Pamplona, 2009. Edit. Aranzadi, pág. 252.

407 V.L. MONTES; E. ROCA. *Op. cit.*, pág.160.

408 M.P. GARCÍA RUBIO; M. OTERO CRESPO. «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005» *Rev. Jurídica de Castilla y León*. Nº 8. 2006, pág. 94.

En mi opinión con la actual regulación, el término régimen de vistas, debería ser modificado, como así introduce el art. 90 a) del CC, por el término régimen de comunicación y estancia, sin embargo dicho termino no está siendo utilizado. Y digo que parece más conveniente, debido a que el término tradicional, como derecho de visitas, venía siendo referido la tradicional situación en que la guarda se concede a la madre, no siendo posible negar al padre la relación con su hijo tras una nulidad, separación o divorcio, relación que simplemente parecía referirse al tema afectivo, pero no permitía dirigir la vida de los hijos, ni controlar, ni casi ser informado de ninguna de sus facetas, educativas o formativas. Sin embargo, y a tenor como hemos indicado de que la patria potestad normalmente es compartida, el indicado término régimen de comunicación y estancia, puede servir para canalizar la función que compete al no custodio, de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Expongo ahora este termino, ya que la palabra «visitas» la considero inadecuada para denotar todo lo que entraña, me refiero a que es una palabra pobre e insuficiente[409], ya que como se ha indicado, la figura comprende no solo las visitas en sentido estricto, sino la posibilidad de mantener relaciones entre ellos por todos los medios posibles, incluyendo las estancias del menor en la casa del titular del derecho y las comunicaciones[410] telefónicas etc. Es decir, se trata de un contenido mucho más amplio, en cuanto comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra[411]. Y sólo en el excepcional supuesto de la atribución exclusiva de

409 F. RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 20.

410 M. GARCÍA PASTOR. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos procesales*. Madrid, 1997. Edit. Mc Graw-Hill, pág. 227.

411 Así lo determina la Jurisprudencia, según recoge B. VERDERA IZQUIERDO. «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados». *Rev. La Ley.* Nº 7. 2002, pág. 1570.

la patria potestad a uno de los progenitores, con limitación del derecho de comunicación y estancia (por la particular situación del progenitor o del propio hijo), este derecho se limitará a fomentar la relación humana y afectiva entre progenitor e hijo. Debe señalarse que es fundamental para preservar el interés del menor, garantizar el régimen de comunicación y estancia, pues se ha constatado que la calidad afectiva de la relación del hijo con el padre no custodio depende de la regularidad de sus encuentros que no deben responder a un esquema o estereotipo válido para todas las situaciones, sino a una adaptación a las circunstancias específicas de los padres (disponibilidad, horarios de trabajo), y de sus hijos (edades, estudios, aficiones). Asimismo este término, no se limita únicamente a lo supuestos de guarda exclusiva, pues en el régimen de custodia compartida (que luego expondremos), parece más conveniente a utilización de esta terminología.

A este sistema de guarda se le reprocha en resumen, no satisfacer las exigencias de un necesario equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño, ya que incluso en ocasiones y aunque sea de forma inconsciente, los menores se muestran reticentes a mantener una relación normalizada con el progenitor no custodio, mostrando resistencia para demostrar agradecimiento a quien en modo habitual cuida de ellos[412]. Por lo que de nuevo indico como puede parecer conveniente la guarda y custodia compartida. En efecto no son pocos los casos en los cuales, aunque los padres conocen que la conflictividad imperante incide negativamente sobre el normal desarrollo de los hijos, no obran con la finalidad de atenuar la intensidad de las contiendas, sino que los envuelven en ellas, llegando a considerara la obtención de la guarda como una «victoria» sobre el otro. Así el padre que ha obtenido la guarda y custodia se considera que ha «ganado»

412 P. ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Pamplona, 2006. Edit. Thomson Civitas, pág. 52.

frente al otro, consiguiendo la indicada custodia de los hijos, y por ende el uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos; pero es ostensible que esta manera de ver las cosas atiende más al verdadero interés de los menores que al de los padres[413].

En este sentido indico que la colaboración de ambos padres en la formación integral de sus hijos es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de estos, dado que les aporta seguridad y aumenta su confianza durante el periodo de crecimiento, y al mismo tiempo permite una mayor fluidez en las relaciones familiares, evitando el aspecto negativo que suele presentarse cuando a uno de aquellos se le obliga a asumir la practica totalidad de los controles disciplinantes respecto a sus hijos, mientras que el otro puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia[414]. Con ello pasamos al siguiente apartado.

11.2. GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA ALTERNADA

La ley 15/2005 de 8 de Julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, en materia de separación y divorcio, introduce un segundo modelo de custodia, la llamada custodia compartida[415], que junto a la tradicional custodia exclusiva o unipersonal, constituye una nueva posibilidad, de organizar las relaciones padres e hijos, una vez producida la ruptura de la convivencia de aquéllos. Esta solución se plantea tras el cambio social y la determinación de la Jurisprudencia que venía impo-

413 M.T. GARCÍA DE LEONARDO. «Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida». *Revista de Derecho Patrimonial*. Nº 22. 2009, pág. 85.

414 J. IVARS RUIZ. *Guarda y custodia compartida.* Valencia, 2008. Edit Tirant lo Blanch, pág. 21.

415 I. TENA PIAZUELO. *Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida. Factores y contenidos de la evolución del derecho de familiar*. *Simposio de Derecho de Familia.* Uruguay. 2008, pág. 55.

niendo: una tendencia imparable a la ampliación en el régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio, y una reivindicación de un nuevo modelo de custodia más igualitario y más respetuoso con el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores[416]. Una de las conveniencias que se atribuye a esta forma de guarda es considerar que disminuye los conflictos entre los padres tras la crisis de pareja que padecieron[417].

No obstante de conformidad con dicho texto legal, se concede tal custodia cuando exista acuerdo entre los progenitores, o bien a instancia de una de las partes, previo informe del Fiscal, que será preceptivo. Se observa también que será necesario el informe del equipo psico-social o de especialistas, y deberá quedar garantizado que el menor gozará de la necesaria estabilidad para el desarrollo de su personalidad[418].

Aunque esta cuestión deviene siempre basándonos en el principio del interés general del menor[419], no debemos olvidar que ya nuestra Carta Magna[420], en su artículo 32, establece que

---

416 C. GUILLARTE MARTÍN-CALERO «La custodia compartida alternativa». *Rev. para el análisis del Derecho*. Nº 2. 2008, pág. 5.

417 P. ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Pamplona, 2006. Edit. Thomson Civitas, pág. 52, donde precisamente indica a *sensu contrario*: *La atribución de la custodia a uno de los progenitores con un régimen de comunicación muy rígido y normalmente restringido a fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares, es el resultado de una relación típica de enfrentamientos frecuentes, marcada por el rencor mutuo y el odio generado en la situación previa a la ruptura, o durante la época de crisis conyugal».*

418 G. SÁNCHEZ CASTRILLO. «Divorcio Express y nuevos matrimonios: últimas reformas del Código Civil» *La revista*. Nº 41. 2005, pág. 33.

419 L. DÍEZ-PICAZO. *El principio de protección integral de los hijos: La tutela de los Derechos del Menor.* Coord. J.M. GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Córdoba. 1984. Edit. Junta de Andalucía, pág. 184; citado por M.T. MARÍN MELENDEZ.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96 CC): Teoría y Practica Jurisprudencial*. Edit. Pamplona, 2005. Edit. Aranzadi, pág. 140.

420 X. O`CALLAGHAN MUÑOZ. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV*. *Derecho de Familia*. Madrid, 2012. Edit Universitaria Ramón Aceres, pág.103.

el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. El Código Civil plasma esta norma constitucional en el art. 66, que determina que el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes. Y continúa el art. 67 disponiendo que el marido y la mujer deban actuar en interés de la familia[421]. Todo lo cual considero es la base para la futura determinación de la custodia compartida.

Volviendo por tanto la modificación indicada del CC, con ella queda redactado el nuevo artículo 92 del CC, que dispone reglas generales sobre el ejercicio de la custodia. Así se establecen dos formas de custodia compartida:

— La consensuada, por acuerdo entre los cónyuges.

— La excepcional, cuando es solicitada por uno sólo de los cónyuges.

Los artículos del Código Civil afectados por la reforma en esta materia, son el párrafo primero del artículo 90, el 92 en su totalidad, y el párrafo primero de la medida 1ª del artículo 103. Debo indicar como he expuesto, que la atribución de la guarda y custodia es una decisión que necesariamente tiene connotaciones patrimoniales sobre otras medidas, sin embargo por lo que se refiere a la atribución de las vivienda y pensión alimenticia se estará a lo dispuesto en los artículos 94 y 96 del Código Civil, que no han sido modificados, sin que por lo tanto se hayan realizado previsiones que hubieran sido precisas.

En primer lugar entiendo que la simple lectura de la Ley, evidencia que el legislador regula la custodia compartida con excesiva prudencia, ya que la atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores es el modelo general. Es decir que

421 A.M. ROMERO COLOMA. *La guarda y custodia compartida (Una mediación familiar igualitaria)* Madrid, 2011. Edit. Reus S.A, pág. 14.

parece que persiste todavía en la legislación general el temor de establecer la guardia y custodia compartida como fórmula principal, y por ello se establecen requisitos, como la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal (art. 98.2 CC), además en la practica se constata que será necesario que el Juez obtenga todos los elementos, informes, etc. relativos a los menores, los progenitores, y de los especialistas para justificar la adopción de la guarda y custodia.

Hay que tener en cuenta no obstante que esta tendencia esta siendo modificada con las legislaciones actuales en concreto las de las comunidades autónomas que expondré en siguiente apartado, así como con la evolución social y los cambios Jurisprudenciales.

11.2.1. Terminología

No obstante y antes de profundizar en esta cuestión, debemos exponer las discusiones que surgen en cuanto a la terminología utilizada en esta reforma. Considero que ya que el legislador se decide a la modificación de esta regulación, se debería haber comenzado por dejar determinado un término más apropiado, sin mantener una continuidad del existente. Nos referimos a que los progenitores no custodian ni guardan a sus hijos, sino que los tienen en su compañía y cuidado, debiendo asegurarles el desarrollo de su personalidad y formación precisa.

En este sentido, sobrevenida la crisis conyugal, se considera que debería sustituirse el término guarda y custodia, por distribución racional de la convivencia[422], sin que ello signifique des-

422 J, IVARS RUIZ. *La Guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. El autor referencia en su estudio a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNIRRAGA. Valencia, 2007. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 34.

proteger a los menores, sino la eliminación de diferencias, centrándose la discusión exclusivamente en el reparto del tiempo que han de permanecer los hijos con cada uno de ellos. Por ello utilizar el término «compartido», puede resultar confuso pues tiene un claro componente de simultaneidad y ejercicio en el mismo momento que no se da, por lo que puede parecer más conveniente hablar de custodia alternativa o sucesiva. Descriptivamente el término[423] *guarda alternada* refleja bastante bien el sistema, puesto que supone que los padres se reparten por periodos más o menos amplios la compañía del hijo, *sucediéndose*[424] *o alternándose* en el ejercicio de las funciones. Es mi opinión no obstante que utilizar únicamente «alternativo o sucesivo», también deja al término escaso de contenido puesto que realmente este tipo de custodia, como expondremos posteriormente, conlleva la necesidad de que ambos cónyuges «compartan»[425] la mayor parte de las actividades, necesidades etc… de los menores, por lo que se puede proponer el término «custodia compartida en alternancia» o «custodia compartida alternativa»[426], motivo por el cual he titulado de tal forma este apartado.

---

423 I. TENA PIAZUELO. *Op. cit.*, pág. 56.

424 C. ESPARZA OLCINA. *La guarda compartida. Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005*; (DE VERDA Y BEAMONTE. Coord.) Pamplona, 2006. Edit. Thomson Aranzadi, pág. 202.

425 P. ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen Jurídico de la crisis matrimonial*. Pamplona 2006. Edit. Aranzadi, pág.60. El autor define llamada custodia compartida como *aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.*

426 La doctrina debate en este sentido sobre la referida denominación, exponiendo que a pesar de los términos empleados por el CC español, resulta evidente que los padres que no viven juntos solo pueden compartir la guarda ejerciéndola por turnos, y por ello existen propuestas para utilizar denominaciones tales como las de *guarda*

En efecto, los padres comparten la guarda o la ejercen en forma conjunta cuando cohabitan, dado que exclusivamente en dichas circunstancias, me refiero en igualdad de condiciones, pueden hacer uso de los derechos y obligaciones que tienen atribuidos[427]. Se considera que la ruptura debe basarse en un modelo de coparentalidad que reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres, ello ya que en la sociedad actual han quedado superadas las razones sociales, económicas e incluso jurídicas que llevaban a atribuir sistemáticamente la guarda a la madre[428].

Como ya había adelantado, es lo común que como dispone el CC (art. 156.1º), el ejercicio de la patria potestad sea compartido, en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando los hijos, puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos, se vea privado del conocimiento de aquellas, debiendo valorarse sus opiniones en igual medida que las de aquel que los tenga en su compañía.

Es esta determinación de gran importancia, considerando que si esto queda así concreTADO, deberá tener su aplicación en la custodia, que no por ello queda sin contenido, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más próximo y coti-

---

alternada, o *guarda conjunta ejercida de forma alterna* (C.C. CASTILLO MARTÍNEZ. *Medidas relativas a los hijos menores de edad: atribución de la guarda y custodia y régimen de visitas*. *El contenido del convenio regulador*. *Sus diferentes aspectos.* LLOPIS GINER. Coord.). Madrid, 2006. Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 137.

427 No existe consenso para la doctrina en cuanto a una definición de custodia compartida. Para determinados autores no se puede asimilar el concepto con el reparto matemático del tiempo entre los padres, dado que en todo caso sería un reparto equitativo en referencia a las circunstancias: M. GARCÍA DE LEONARDO. *Op. cit.*, pág. 90; P. ORTUÑO MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 64.

428 M.C.GARCÍA GARNICA. *Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio. Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*. Pamplona, 2008. Edit. Aranzadi, 2008, pág. 52.

diano[429], que también podrá contribuir en la formación integral de los hijos, y que difícilmente se puede compartir al mismo tiempo, precisamente por quienes no viven juntos. Se considera por tanto que es el sistema que menos distorsiona el ejercicio común de la patria potestad, dado que parecer que se observa que sugiere una cierta relación armónica entre los progenitores[430].

Por ello, aún estableciéndose un régimen de custodia compartida, las tareas que compartan los progenitores en materia de custodia, se ceñirán inevitablemente a los tiempos de estancia con los hijos.

En esta modalidad de guarda, como antes hemos dejado anunciado, parece más conveniente en cuanto a la relación con los hijos, la utilización del termino régimen de comunicación y estancia. Ello porque en este sistema, en cada periodo el padre o madre es guardador durante un periodo, por lo que será necesario fijar también en aquel sistema éste régimen de comunicación y estancia, a no ser que los periodos de alternancia sean muy reducidos en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos, pues ya lo hace el propio funcionamiento del sistema de guarda elegido.

11.2.2. Conceptos y relación con el interés del menor

Continuando con el todavía vigente[431], artículo 92 CC, que precisamente por ser el único que tras la reforma trata la custodia

429 H. CAMPUZANO TOME, *Op. cit.*, pág. 2479.

430 I. TENA PIAZUELO, *Las rupturas de pareja…Op. cit.*, pág. 58. y *La guarda compartida y las nuevas…Op. cit.*, pág. 34.

431 Debo hacer constar que con fecha 13 de junio de 2012 constaba la determinación en el Congreso (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, num. 186) a presentar en seis meses una Ley nacional de Custodia Compartida, que priorice el derecho del menor por encima del de los padres, y donde sea el juez el que tenga la libertad

compartida, nos vemos en la obligación de tratar en múltiples ocasiones en este estudio, trata dicha custodia[432] con diferentes conceptos, procedemos a su transcripción literal, para su posterior análisis:

Artículo 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

---

de elegir el modelo que considere más conveniente para el niño, si la custodia compartida o la monoparental, y el tiempo que deben estar con sus respectivos progenitores. Se encargará a la Comisión de Codificación una modificación del Código Civil, que debe estar listo en seis meses, para que su artículo 92 deje de contemplar el carácter excepcional de la custodia compartida de menores en los casos de separaciones y divorcios. Finalmente el Consejo de Ministros presenta la regulación sobre la custodia compartida, según los datos de La Moncloa, en Madrid en fecha 19 de julio de 2013. Es de ver asimismo que en fecha 19 de septiembre de 2013, el pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día de la fecha, aprueba informe sobre el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

432 L. ALASCIO CARRASCO; I. MARTÍN GARCÍA. «Juntos pero no revueltos: la guarda compartida en el nuevo art. 92 CC». *Rev. para el análisis del derecho*. Nº 3. 2007, pág. 2.

6. 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.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

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

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

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

Por tanto de su simple lectura comprobamos el escaso rigor técnico-jurídico[433] en torno a la nominación de la institución que regula, por la falta de ajuste necesario sobre la terminología, que como vemos, en el apartado quinto determina como *«ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos»*, en el apartado séptimo se alude a *«guarda conjunta»*, y en el apartado octavo se refiere a *«guarda y custodia compartida»* lo que consideramos inadecuado en un texto de tanta relevancia legal.

No obstante lo que sí evidencia el indicado artículo es el establecimiento de unas amplias garantías para asegurar que la decisión judicial sobre la custodia sea adoptada siempre a favor del interés del menor:

1º.– El Juez garantizará el derecho del menor a ser oído[434], a petición de cualquier parte, de oficio, o incluso a petición del Equipo Técnico Judicial (apartados 2 y 6) Ello por tanto deberemos ponerlo en relación con el artículo 154 CC que dispone el derecho de los hijos que tuvieren suficiente juicio a ser oídos antes de adoptar cualquier decisión que les afecte, así como debemos recordar el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, que regula el derecho a ser oído en cualquier procedimiento en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte en su esfera personal, familiar o social, y asimismo en lo que respecta, y la reciente Ley 13/2006 de 27 de diciembre del Derecho de la persona, que determina en su artículo 3 el derecho del menor a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, siempre que tuviese suficiente juicio y en todo caso si es mayor de doce años.

---

433 J. IVARS RUIZ. *Op. cit.*, pág. 54.

434 C. GUILLARTE MARTÍN-CALERO. *Comentarios del Nuevo artículo 92 del CC.* En V. GUILLARTE GUTIÉRREZ y otros: *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: ley 15/2005, de 8 de Julio.* Valladolid. 2005. Edit. Lex Nova, pág. 130.

Es esta una medida que nos parece muy acertada, pues la opinión del menor debe ser relevante antes de tomar cualquier decisión, esto en la mayoría de los supuestos, ya que tal como hemos comentado y sobre todo en derecho de familia, quien puede saber lo más conveniente para los menores, son los padres, por lo que debemos decir que en el supuesto de que los padres alcancen en un proceso de divorcio (separación etc.) un acuerdo sobre los menores, el cual se plasma en el correspondiente convenio regulador, no parece conveniente que en este caso los menores sean llamados para comprobar su parecer, ya que si por todos los medios se ha evitado que se encuentren involucrados en un proceso judicial, puede resultar contraproducente que sean llamados ante el Juez en este sentido. Procede indicar que en la práctica, se está evitando esta situación.

2º.– El Juez debe decidir sobre el ejercicio de la patria potestad en beneficio de los hijos (apartado 4). Lo normal es que la misma se otorgue compartida, ya que es referida a decisiones trascendentes para las que sea necesario la decisión de ambos padres (incluso como he comentado la atribución de la custodia a uno de ellos no obsta para que la patria potestad sea compartida[435]) Sólo en supuestos muy excepcionales, se retirará la patria potestad a alguno de los progenitores.

3º.– El Juez tendrá obligación de fundamentar su resolución, como garantía al adoptar la guarda conjunta (apartados 5 y 8). Debo indicar que aunque esto queda determinado en dicho artículo como cuestión expresa, es evidente la necesidad de fundamentar cualquier resolución judicial, y por supuesto más si cabe en los supuestos en que se encuentran implicados menores.

---

435 L.F. RAGEL SÁNCHEZ. «La guarda y custodia de los hijos» *Rev. Derecho Privado y Constitución*. Nº 15. 2001, pág. 295.

4º.– Obligación del Juez de recabar informe del Ministerio Fiscal, que deberá ser favorable en caso de petición de custodia compartida por uno sólo de los progenitores (apartados 6 y 8). Por tanto se considera que sólo es procedente cuanto se comprueba que únicamente de esa forma se protege de modo adecuado el interés del menor, involucrado en la cuestión; en consecuencia se fundamenta[436] en la mentada protección de dicho interés.

No obstante, debo indicar que todas estas garantías normalmente van ligadas con la que exponemos seguidamente:

5º.– La posibilidad del Juez de recabar dictamen de especialistas relativo a la idoneidad el régimen de custodia adecuado (apartado 9). Reitero la unión de las mismas, ya que, para decidir en beneficio de los menores, para fundamentar una resolución, o para emitir un informe, normalmente será necesario contar con el previo dictamen de los especialistas, normalmente el equipo técnico adscrito al Juzgado (psicólogo, asistente social etc.).

Como último de los requerimientos que determina el artículo:

6º.– Se regulan determinados supuestos en que resulta del todo improcedente la petición de guarda y custodia (apartado 7), como se observa claramente en la lectura de dicho artículo que el mismo es referido a cuestiones de malos tratos y ámbito penal. Pero teniendo en cuenta que debe existir un proceso abierto, o bien «indicios fundados», esto es un principio de prueba real y no la simple manifestación.

Es decir la intención de la norma es la de evitar que personas presunta o probablemente violentas tengan para sí la guarda de sus hijos, no obstante en la practica los Tribunales deberán vigilar la correcta aplicación de la norma y de la situación, con el

436 J. DOMINGO MONFORTE. «Custodia compartida disensual. Rara Avis». *Rev. de Familia*, nº 37. 2007, pág. 284.

fin de evitar las denuncias falsas respecto a estos hechos, con la finalidad de cortar la pretensión de tal custodia[437].

Los Tribunales no obstante, además de todo lo indicado por la legislación, tienen en cuenta la necesaria valoración de la relación que los padres mantengan entre sí, y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda y custodia. Se parte así del principio de corresponsabilidad entre los cónyuges para establecer el sistema de custodia compartida, de manera que cuando sea posible su pacto, la intervención judicial no sea, en principio obstáculo para que se acuerde dicho régimen. Todo ello porque el primer apartado del reformado artículo 92 CC, no ha cambiado respecto al anterior, esto es la ruptura de la pareja, no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Por ello se pretenden introducir ciertas novedades siguiendo ese espíritu que se extrae de la propia exposición de motivos de la Ley, a fin de hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para ellos continúa a pesar de la ruptura.

Indico el término «ruptura», aunque el artículo que estamos estudiando únicamente habla de separación o divorcio, esto es cuando ha habido matrimonio entre los progenitores. Ya que el legislador esta realizando una modificación debido a las nuevas situaciones sociales, podría haber sido conveniente, hablar del término en general «ruptura de la pareja», puesto que como es sabido existen múltiples situaciones en que los padres no se encuentran casados, sino que conviven como pareja de hecho. En estas situaciones se aplica igualmente el Código Civil, y a efectos de los menores es aplicable toda esta legislación, por lo que entendemos se podía haber dado más amplitud al término, ya que igualmente en relación a los hijos de estas parejas debe haber una regulación.

---

437 J.M. RIVERA ÁLVAREZ. «La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil». *Cuadernos de Trabajo Social.* Nº 18. 2005, pág. 162.

La nueva legislación matrimonial, no ha venido a derogar las disposiciones autonómicas en vigor respecto a las parejas de hecho. Actualmente en este sentido existe en nuestro país la mayor parte de Comunidades autónomas ostentan regulación sobre parejas estables no casadas[438], en las cuales se comprueba que a pesar de encontrarnos con legislaciones anteriores a la expuesta, queda la terminología concretada con términos más novedosos por los que antes abogábamos, referidos como vemos a *régimen de comunicación y estancia.* Terminología que parecía más conveniente cuando hablamos de la custodia compartida, puesto que al ostentar ambos progenitores la guarda, los periodos

438 Como ejemplo y dado que en este estudio pretendo aplicar apartados prácticos en cuanto a mi profesión, reitero aquí indicación sobre la comunidad Autónoma de Aragón en la que es de aplicación, el Código Foral según RD Legislativo 2/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, con el que se aprueba el texto refundido de las leyes aragonesas, y en concreto refundiendo la ley 6/1999 de 26 de Marzo (Publicada en *BOE* 21 de Abril de 1999) relativa a parejas estables no casadas, la cual no por tanto no está vigente, al refundirse en el indicado CFDA. No obstante indico aquí como dicha ley determinaba en su Exposición de motivos indica *como la sociedad española viene demandando desde hace tiempo, la regulación normativa de las llamadas parejas de hecho, y son muchos los países que han ido adaptando sus respectivas legislaciones a este fenómeno convivencial, tendiendo a equiparar estas parejas con los matrimonios.* Es por ello a lo que anteriormente me refería sobre que con las nuevas reformas, debería ampliarse el término, y reitero, debido a que cuando existen hijos comunes, aunque no haya habido matrimonio, las medidas a adoptar van a ser las mismas o muy similares que con la existencia de matrimonio. Según la anterior indicada Ley 6/99 de 26 de Marzo, se realizaba una breve referencia a los hijos, indicando su artículo 8: *Prole común: 1.– En el caso de ruptura de la convivencia por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, se estará, en cuanto a la guarda y custodia de la prole común y al régimen de visitas, comunicación y estancia, a lo que la pareja haya convenido. No obstante, el Juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando a su juicio sea gravemente lesivo para cualquiera de los miembros o para la prole común. 2.– En defecto de pacto, el Juez podrá acordar lo que estime procedente respecto a la prole común, en beneficio de los hijos y previa audiencia de estos si tienen suficiente juicio o son mayores de doce años.* Actualmente el CDFA, determina en su art. 307 párrafo 3.– *En defecto de pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de (…) gastos comunes (…). Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico sanitarias y vivienda.*

que transcurren con el menor en el momento que no se ostenta esta custodia, parece más conveniente denominarlos como tal en lugar del tradicional término régimen de visitas.

Como se ha expuesto, la Exposición de motivos de la Ley 15/2005[439] desea dejar claro que los progenitores deben percibir que su responsabilidad continúa, y que la nueva situación tras la separación o el divorcio, les exige, incluso, mayor grado de diligencia en el ejercicio de su potestad. En los estudios doctrinales[440] se observa que para que exista una custodia compartida, las partes tendrían que ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaboradora similar a la existente antes de aquella. Se considera que este sistema puede no resultar aconsejable si la relación entre los padres no es pacífica y no se observa una actitud de colaboración y cooperación real entre ellos. Sin embargo me permito discrepar con esta opinión, dado que en la situación de hecho de la pareja en ocasiones, antes de la ruptura tampoco existía ninguna situación de cooperación, incluso estando los menores presentes en situaciones de discusión sobre las decisiones a tomar. En estos casos, y precisamente puede haber resultado conveniente para estos menores el cese de la convivencia, y tras ello los progenitores han aprendido a colaborar por el interés de sus hijos, usando este interés común para colaborar, y en el supuesto de ser necesario utilizando medios auxiliares como es la mediación[441].

Precisamente los progenitores pueden aprender a ostentar esta actitud colaboradora, pues se concreta que en los casos que

---

439 M.P. GARCÍA RUBIO; M. OTERO CRESPO. «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005». *Revista Jurídica de Castilla y León.* Nº 8. 2006, pág. 2.

440 I. TENA PIAZUELO. *Op. cit.*, pág. 56.

441 J.M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid, 1995. Edit. Gaia, pág. 74.

por los padres se acepta esta custodia, lo es porque es un *estado* de dichos progenitores y no solo una situación jurídica[442], de lo que se deduce que la ausencia de una mutua voluntad o interés, conduce a que dicha custodia sea de difícil aplicación.

Aunque en dichos casos no puede considerarse el sistema ideal, tampoco lo es para conseguir una relación pacífica el de la atribución exclusiva a uno solo de ellos, el grado de conflictividad de los adultos debe ser valorado, junto con otras circunstancias, para acordar el régimen más idóneo[443]. Como ya he expuesto, son numerosas las variables que definirían la convivencia de uno o de otro tipo, siendo necesario el estudio caso por caso[444].

En este mismo sentido, también parece determinar la Ley con la indicada reforma dar mayor potestad a la decisión de los padres, y así, al utilizar el término «se acordará», en la redacción del apartado quinto del artículo 92, de forma imperativa[445], parece que el Juez debe acordar el ejercicio compartido de la custodia cuando así lo acuerden y por tanto lo soliciten los padres en el convenio regulador, o bien cuando aunque no se haya solicitado desde el comienzo del proceso por ser contencioso, lleguen a tal acuerdo deviniendo el proceso en mutuo acuerdo, y por tanto presentando igualmente las partes convenio regulador. Y ello porque efectivamente así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley, siendo el propósito que la intervención judicial se reduzca al mínimo, si es posible, favo-

442 P. ORTUÑO NUÑOZ. *Op. cit.*, pág. 63.

443 H. CAMPUZANO TOMÉ. «La custodia compartida. Doctrina Jurisprudencial de las Audiencias Provinciales». *Rev. Aranzadi Civil.* Nº 22. 2004, pág. 2511.

444 M. ARCH MARÍN; A. JARNE ESPARCIA. «Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto». *Rev. de Familia*. nº 41. 2008, pág. 27.

445 J. IVARS RUIZ .*La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil* Valencia, 2007. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 43.

reciéndose el pacto entre los progenitores. Por supuesto, todo ello vinculado por el principio del interés superior del menor, y por ello se determinan las garantías antes expuestas, y en concreto el informe favorable del Ministerio Fiscal, que en caso de no manifestar su expresa conformidad al establecimiento de tal medida, impedirá su aprobación por parte del Juez[446]. No obstante se deduce de la norma que no puede ser declarada de oficio, sino que deberá ser interesada por ambos progenitores o excepcionalmente por uno solo de ellos[447].

Indicamos esta digamos, excepción, porque ambos progenitores pueden estar convencidos de que el régimen de custodia compartida es el más adecuado, y sin embargo no serlo para el menor, por lo que en todo caso, antes de acordarlo el Juez debe agotar todas las garantías para determinar su idoneidad. Incluso puede considerar el Juzgador, que la aportación del convenio regulador es insuficiente, y según el artículo 777.2 de la LEC, sería exigible una mayor presencia de documentos en los que los cónyuges funden su derecho, además de adoptar las cautelas que, en su caso, fueran necesarias a tenor de lo dispuesto en el artículo 777.4 de la LEC (sin olvidar artículo 92.6 y 9 del CC). Incluso existe la posibilidad del Juez, de recabara el dictamen de especialistas que deberá versar sobre la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y régimen de custodia. Es decir el Juez no está obligado a aprobar la propuesta presentada por las partes, si considera que puede lesionar el interés del menor, y

446 C.C. CASTILLO MARTÍNEZ. «La determinación de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de Julio», *Rev. AC*. Nº 15. 2007, pág. 1749.

447 I. TENA PIAZUELO *Las rupturas de la pareja… Op. cit.*, pág. 61 y *La guarda compartida y las nuevas… Op. cit.*, pág. 37 y asimismo, C.C. CASTILLO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, pág. 1744.

por tanto no es una decisión automática, sino que el Juez debe fundamentar su resolución[448].

No obstante el segundo párrafo del apartado quinto de dicho artículo 92, expresa diferente terminología indicando «El Juez al acordar la guarda conjunta», por lo que con ello parece querer darse un poco más de margen de maniobrabilidad al Juez, pero se observa con la lectura del artículo que esta parece ser referida a motivar su resolución y adoptar las cautelas pertinentes para el cumplimiento del régimen de custodia compartida establecida. Los Magistrados no están vinculados por la solicitud de ambos padres de implantar un régimen de custodia alternada, cuando aprecien que a través de él no se protegen adecuadamente los intereses del menor[449].

Cuando no sea solicitada por ambos cónyuges, sino únicamente por uno de ellos, esta modalidad de guarda se admite con carácter excepcional, y podría admitirse siempre que se fundamente en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. Se indica ello en el apartado octavo del mentado artículo 92, el cual no permite confusión: «*Excepcionalmente…el Juez…podrá acordar».* Por tanto la regulación legal de la custodia compartida, que pretende responder al concepto de corresponsabilidad parental, realmente se enmarca como regla de excepción[450] dentro de la norma que sigue respondiendo

448 C.C. CASTILLO MARTÍNEZ. *Medidas relativas a los hijos menores de edad: atribución de la guarda y custodia y régimen de visitas*, AA.VV. (LLOPIS GINER. Coord.) *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos.* Madrid, 2006. Edit. Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, pág. 138.

449 I. TENA PIAZUELO. *Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida*. AA.VV. *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de familia,* Montevideo, 2008. Edit. Universidad de Montevideo, pág. 64. y «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familiar». *Rev. Aequalitas*. Nº 18. 2006, pág. 40.

450 C. PÉREZ CONESA. «¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales». *Rev. Doctrinal*. N º 8, 2011 Pág. 26.

en la práctica a la atribución a uno solo de los progenitores de la custodia de los hijos[451]. Para ello era[452] necesario informe favorable del Fiscal[453], pero siempre se estará al caso y a las circunstancias concretas, teniéndose en cuenta, entre otras, la situación de los progenitores, la de estos para con los hijos, el arraigo con el lugar donde se ha desarrollado la convivencia, la estabilidad física y psíquica, la posibilidad de adaptación de los menores, la residencia etc. Dado que como señala la doctrina[454] en Derecho de Familia no hay dos casos iguales y las medidas que en una situación se presentan beneficiosas para el menor, en otras pueden constituirse en generadoras de resultados perjudiciales.

Por tanto y en el estudio de cada caso, para conceder la indicada custodia, podrán requerirse ciertos elementos que se reputan esenciales, y en este sentido se concretan[455]: 1º) La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad; 2º) la proximidad del domicilio

---

451 J. DOMINGO MONFORTE. *Op. cit*., pág. 283.

452 Ya indicado en anteriores notas, como consta modificado el apartado sobre «informe favorable» según Sentencia T.C. 185/2012, de 17 de octubre: Resumen*: Relaciones paterno-filiales: Guarda y custodia de* menores. *Custodia compartida. Falta de consenso. Prevalencia del interés del menor. Régimen excepcional. Toma de decisión por el juez a instancia de una de las partes. Obligatoriedad de Informe favorable del Ministerio Fiscal. Cuestión de inconstitucionalidad: Declarado inconstitucional y nulo el inciso «favorable» que establece el artículo 92.8 del Código Civil, que implicaba la obligatoriedad del informe favorable del fiscal para que el juez pudiera tomar esa decisión, en casos excepcionales, a pesar de no haber acuerdo entre los progenitores.*

453 Por tanto se debe fundamentar en que solo de esta forma se protege el interés del menor, previo informe del Ministerio Fiscal. *Ibid*. J. DOMINGO MONFORTE, pág. 284.

454 H. CAMPUZANO TOMÉ. «La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales» *Rev. Aranzadi Civil*. Nº 22. 2004, pág. 2479.

455 C. GUILLARTE MARTÍN-CALERO. *Comentarios del nuevo artículo 86 del Código Civil*. AA.VV. (Direc.: GUILLARTE GUTIÉRREZ). *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005 de 8 de Julio*. Valladolid. 2005. Edit. Lex Nova. .Pág. 168.

de los padres, de manera que quede garantizada la estabilidad del entorno del menor, de forma que los sucesivos cambios de guarda no supongan la ruptura de su indicado entorno ni su asistencia a centros educativos[456]; 3º) la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común; 4º) La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente; 5º) medios materiales para hacer frente a los gastos que se originan como consecuencia de la alternancia.

En determinados casos se trata también la edad del menor, por ejemplo en el supuesto de que se trate de un bebé; en dichas circunstancias se trata si es conveniente mantener la rutina espacio-temporal del mismo. Podemos en este supuesto comentar que no existen estudios clínicos que demuestren que la pernocta del menor con otro progenitor (en el supuesto de que sea el progenitor no custodio) sea perjudicial para el mismo[457].

Se plantea con lo expuesto de que forma son equivalentes una custodia compartida en la que el tiempo no se reparte de forma exactamente igualitaria, o la custodia individual con régimen de visitas amplio[458]. Considero como principal cuestión lo que puedo denominar como propio concepto jurídico, ya que en la práctica los menores y progenitores podrán disfrutar del mismo tiempo de compañía, sin embargo el progenitor que ostente la custodia, tendrá la posición legal más fuerte para la toma de decisiones sobre el menor.

---

456 C. ESPARZA OLCINA. *La guarda compartida*. AA.VV *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005*. Coord.: DE VERDA BEAMONTE. Pamplona, 2006. Edit. Thomson Aranzadi, pág. 204.

457 R. LLORENTE PINTOS. «El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta» *Rev. de Derecho de Familia*. N º 33. 2006, pág. 30.

458 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Actas Foro de Derecho Aragonés 2010*. Zaragoza, 2011. Edit. El Justicia de Aragón, pág. 147.

11.2.3. Otras características: distribución del tiempo, alimentos y hogar familiar

En términos cuantitativos para que exista custodia compartida, el tiempo que pase el menor con cada uno de los progenitores tendrá que tener relevancia, y desde luego que lo sea con pernocta.

Como he expuesto en el apartado sobre derecho comparado, en los EE. UU. el tiempo mínimo se entiende que debe encontrarse entre el 25% y el 33%. En otros países como Canadá se considera que debería ser el 40%[459].

El problema que podemos encontrarnos es la pensión por alimentos, dado que aunque se ostente la custodia compartida, si esta es en inferior proporción, por ejemplo como se expone, un 25% del tiempo de convivencia, el progenitor que ostente la convivencia con los menores en un 75% podría considerar la necesidad de continuar con dicha solicitud. En este caso considero que no deberemos hablar de pensión de alimentos, sino igualmente de gastos de asistencia en función de las necesidades de los hijos[460], a tenor de los recursos de los padres, los cuales serán fijados por el juez de forma compartida o separada indicando en su caso si fuese necesario un pago periódico de los mismos.

Los padres podrán pactar o bien podrá dictarse resolución judicial que cada uno se haga cargo de la manutención de los hijos durante los períodos en que estos conviven con ellos, si ambos padres ostentan similares recursos, o bien que uno de los padres deba pagar al otro una pensión en los periodos en que

459 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Actas Foro de Derecho Aragonés… Op. cit.*, pág.148.

460 I. TENA PIAZUELO. La prestación de alimentos a los hijos… *Op. cit.*, pág. 72.

residen con este ultimo, cuando existen diferencias sustanciales en sus recursos[461]. Es decir deberá mantenerse lo que podemos denominar pensión de alimentos o gastos en favor de los hijos si bien condicionada por el tiempo de convivencia[462]. Y ello porque la custodia compartida no es la exoneración de las cargas, ni su distribución anárquica, sino una ordenación determinada de las mismas que sea justa y equitativa[463].

En cuanto a la atribución del hogar familiar[464], nada indica el referenciado artículo, ni se plantea la posibilidad de que los progenitores alternen el uso. Mi opinión es que en caso de concederse tal custodia habría de atribuirse en interés del menor, y por tanto en beneficio suyo a aquel de los padres más necesitado de protección[465]. Debo añadir que a los efectos de que no sea fuente de conflictos imponiendo una limitación temporal. No obstante retomando la posibilidad más comentada, se trata del régimen de dicha guarda alternada, en la que cada uno de los padres se mantiene en su nuevo domicilio y el que circula entre ellos en los periodos prefijados es el hijo[466].

---

461 C. ESPARZA OLCINA. *La guarda compartida. Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005.* Coord. DE VERDA Y BEAMONTE. Pamplona, 2006. Edit. Thomson Aranzadi, pág. 210.

462 J.M. RIVERA ÁLVAREZ, «La custodia compartida: génesis del nuevo artículo 92 del CC». *Rev. Cuadernos de Trabajo Social*. Nº 18. 2005 Pág. 156.

463 P. ORTUÑO MUÑOZ, *Op. cit.*, pág. 68.

464 M.G. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA. «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas». *Rev. crítica de derecho inmobiliario*. Nº 736. 2013 Pág. 1135.

465 ESPARZA OLCINA. *Ibidem.*

466 C. GUILLARTE MARTÍN-CALERO. *Comentarios al primer párrafo y al apartado a) del art. 90 del CC y Comentarios del nuevo artículo 92 del CC*. (Direc. GUILLARTE GUTIÉRREZ), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005 de 8 de Julio,* Valladolid. 2005. Edit. Lex Nova; A.J. VELA SÁNCHEZ. *La custodia compartida: ¿posibilidad o quimera?. Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*. Pamplona, 2008. Edit. Aranzadi, pág. 65.

11.2.4. Recapitulación

Comprobamos que a pesar de constituir la atribución de guarda y custodia una de las cuestiones más complejas y difíciles[467] de resolver en los procesos, se ha arbitrado un escenario amplio con las garantías suficientes para intentar tomar una decisión adecuada para establecer el régimen de custodia al caso concreto[468]. Debido a que esta cuestión depende mucho de los propios progenitores, dejando más libertad a los mismos, lo que se pretende es conseguir un marco amplio y flexible para dar cabida a todas las opciones de custodia[469]. Considero ello referido a opciones «dentro» de esta custodia, y es que si el legislador ha querido dejar mayor margen de maniobra a los padres, con menor ingerencia de los Tribunales, no podrán ser fijados

---

467 Las complicaciones y las dificultades en estas cuestiones, se observan en las reivindicaciones que son realizadas por la sociedad, por los propios progenitores: «Informe reencuentro» (sobre la custodia compartida, reencuentro de partes e hijos). Madrid, 2002. Elaborado por Asociación de padres de familia separados (Federación Andaluza de padres y madres separados). En cuya presentación se expone como *la custodia compartida ha sido una reivindicación irrenunciable de las asociaciones de padres separados en todos los países de occidente;* Igualmente se comprueba: «Informe renacer». Valencia, 2004.Elaborado por la Federación de asociaciones por la custodia compartida. En dicho informe se alega en interés del menor, la necesidad de adoptar la custodia compartida como mejor alternativa, trabajando para ofrecer soluciones que ocasionen el menor impacto afectivo social económico y jurídico ara el conjunto familiar. Actualización Informe reencuentro: sobre la custodia compartida. Universidad Icesi. 5 febrero 2011.

468 Si bien es mi opinión, que ello resulta altamente complicado. No es posible que los Tribunales conozcan con exactitud todos los datos de la familia implicada, dado que la casuística es muy variable y diferente. Es evidente que en la práctica es dificultoso exponer ante un Juzgado la situación de hecho totalmente concretada y por ello aunque se han arbitrado las vías para tratar de conseguirse, considero que la opción de que sean las propias familias quienes obtengan la solución, puede ser la vía más idónea. Motivo por el que se puede optar por la mediación familiar.

469 J. IVARS RUIZ. *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. Valencia, 2007. Edit. Tirant Lo Blanch, pág. 46. El autor referencia a H. Campuzano Tomé, según su estudio sobre: *La Custodia compartida. Doctrina Jurisprudencial de las Audiencias Provinciales.*

unos parámetros estrictos referidos a determinar en todo caso el tiempo de convivencia, o la contribución de los gastos etc. Es decir, todos los aspectos habrán de ser fijados, pero variarán según cada caso concreto. En este sentido podrán distinguirse varias posibilidades, como ejemplo: una primera sería la distribución temporal de los hijos, en esta los hijos permanecen con cada uno de los cónyuges por periodos alternos (días, semanas, meses, años, años escolares etc.).

Otra posibilidad es aquella en la que los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar, y son los padres los que se trasladan periódicamente a la vivienda para atenderlos. Son estas las más comunes, pero el fijar normativamente un número determinado de modalidades de custodia compartida sería como concretarlo de una forma rígida que plantearía más problemas, ya que los progenitores, tendrían que pactar su acuerdo únicamente según las formas que determine la Ley, cuando lo que se pretende es que este se realice según las circunstancias personales y familiares de cada caso concreto. Pero bien es cierto que por ello, considero que para que pueda darse este tipo de custodia, las partes tendrían que ser capaces de ostentar una situación colaborativa, por el interés del menor, ya que lo que justifica tal medida[470] es dicho *favor filii,* debiendo asegurarse un equilibrio entre dicho interés y los derechos de los progenitores, puesto que se reitera que no está pensada para proteger el principio de igualdad de los progenitores, sino que su finalidad es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor[471].

---

470 I. TENA PIAZUELO. *La ruptura de pareja… Op. cit.*, pág. 63.

471 F. SERRANO CASTRO. *Relaciones Paterno-Filiales*. Madrid, 2012. Edit Grupo el Derecho, pág. 72.

11.3. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Algunas comunidades autónomas con derecho civil propio, han decidido regular la custodia de los hijos en caso de divorcio con su propia ley. Algunas de ellas regulan directamente por tanto el asunto de la custodia compartida, y en otras se comienza por regular la igualdad de los progenitores, por lo que entiendo que se va dando pasó a convertir esta cuestión en una regulación general. Considero por tanto necesario realizar una breve referencia a todo ello seguidamente.

11.3.1. Cataluña

El Parlamento Catalán aprobó en verano de 2010 el Libro II del Código Civil catalán de persona y familia[472], en el que se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida. Es precisamente eso lo que se intenta fomentar ateniéndose a la igualdad de derechos y deberes de los progenitores.

Cada uno de los padres presentará un plan de parentalidad[473] en el que deben especificar cómo piensan ejercer sus responsabilidades con los hijos, planes que el juez tratará de conciliar. También desliga la atribución del uso de la vivienda de la custodia de los hijos, concediéndola a quien quede en peor situación económica.

En concreto la indicada legislación es la ley nº 25/2010 de 29 de Julio, referida a la persona y la familia, en vigor desde el 1 de enero de 2011. Su artículo 233-11 dispone *que «para determinar el*

472 [466] Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Boletín Oficial del Estado, núm. 203 de 21 de agosto de 2010, páginas 73429 a 73525. Comunidad Autónoma de Cataluña. *BOE* —A— 2010-3312.

473 F. SERRANO CASTRO. *Relaciones Paterno-Filiales… Op. cit.*, pág. 81.

régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentabilidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los respectivos hogares; b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; c) la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; e) La opinión expresada por los hijos; f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; g) La situación de los domicilios de los progenitores y los horarios y actividades de los hijos y los progenitores».

Asimismo se contiene una previsión destinada a que cuando se procede a la atribución de la guarda no sean separados los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen y que no se asigne a aquel de los padres contra el que se haga dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista.

Se considera que se trata de una normativa que pretender promocionar las formulas de coparentalidad y la práctica de la mediación. Esta posibilidad de mediación, ya parte de la existencia de una normativa general, reguladora por la Ley 15/2009 de 22 de Julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, el Libro II del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010 de 29 de Julio relativo a la persona y familia, que concreta aspectos especiales dentro de las instituciones propias del derecho de la persona y de familia, especialmente en cuanto a la confidencialidad de las mediaciones previas.

En concreto como novedad de esta legislación, se resume en que se abandona el principio general por el que toda ruptura

de convivencia entre los padres significada automáticamente en que los hijos deberían separarse de uno de los progenitores, con esta Ley se pretende potenciar el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas y eliminar la dinámica de ganadores y perdedores. Lo esencial es que eleva el interés de los hijos por encima del de los padres, a los que fuerza a un ejercicio igualitario de los papeles parentales.

11.3.2. Valencia

El 15 de octubre de 2010 el Gobierno Valenciano aprobó el proyecto de Ley de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, que dará prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un pacto de convivencia familiar.

Si no se llega a un acuerdo, el principio general será el de custodia compartida, aunque el juez también podrá decidir la custodia individual atendiendo a las circunstancias. La vivienda será para el cónyuge que más dificultades tenga para encontrar una nueva vivienda después de la ruptura si es compatible con el interés del menor.

En consecuencia, finalmente, La Comunidad Valenciana cuenta con la Ley 5/2011, de 1 de abril[474], de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven. Tiene por objeto regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus sometidos a su autoridad parental, y las de éstos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

La nueva Ley dice responder a una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progeni-

474 El Tribunal Constitucional mediante Auto de 22 de Noviembre de 2011, levanta la suspensión de la indicada Ley. Suspensión que fue declarada con ocasión de la admisión a trámite del Recurso de inconstitucionalidad numero 3859-2001.

tores, la convivencia con los hijos menores haga compatible el principio fundamental del interés del menor con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos. De manera que otorga especial importancia a la necesidad de un pacto entre las partes, y en su defecto, será la autoridad judicial la que fijará las condiciones de dicho régimen, siendo prevalente el establecimiento de un régimen de convivencia compartida.

11.3.3. Navarra

El Parlamento Navarro votó en septiembre de 2010 a favor de la proposición de ley, cuyo objetivo es crear una ley propia para que la custodia compartida sea la opción preferente.

En consecuencia en casos de ruptura de la convivencia, Navarra cuenta con la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo[475], sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, al objeto de corregir, en línea con la realidad social actual, la constante que en la práctica ha creado el Código Civil al configurar la custodia compartida en un supuesto excepcional, esto es, la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre cuando no media acuerdo entre los padres, e informe favorable del Ministerio Fiscal.

De esta manera, la Comunidad Foral apuesta porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores, y se armonice la protección del menor y de sus derechos con el respeto a la igual-

475 Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (*BOE* de 12/04/2011 – *B.O.N.A.* de 28/03/2011) – Entró en vigor el 28/06/2011.

dad entre hombres y mujeres si no es contrario al interés superior del niño; encomendando al Gobierno la presentación en el plazo de un año de un proyecto de Ley Foral de modificación del Fuero Nuevo de Navarra en materia de Derecho de Familia, sede natural de una reforma de este tipo integrándose con el resto de instituciones con las que debe conformar un sistema coherente.

A partir de aquí apuesta por facilitar el acuerdo a través de la Mediación Familiar (art. 2), y señala criterios y factores que el Juez debe considerar para fijar, individual o compartida la guarda y custodia.

11.3.4. Euskadi-País Vasco

Como consta en su Exposición de Motivos: El día 12 de abril de 2011 se presentó en el Parlamento Vasco la iniciativa legislativa popular de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos/as a su cargo o parejas sin hijos/as, conocida por «Ley de custodia compartida», y finalmente queda aprobada la Ley[476] de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores en junio de 2015 (Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores).

En el caso de la indicada Comunidad Autónoma que ahora se referencia, el artículo 10.5 de su Estatuto de Autonomía establece como una de sus competencias exclusivas la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial. La Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho,

476 Disposiciones Generales Lehendakaritza 3068 Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores: la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

cuya exposición de motivos ya citaba expresamente el Derecho civil foral como uno de los títulos competenciales al amparo del cual se dictaba la norma y cuya naturaleza civil encuentra apoyo en la más reciente jurisprudencia constitucional. Además, dicha norma añadía una particularidad desde el punto de vista del Derecho de familia, con artículos que abordan directamente cuestiones relativas a las relaciones paternofiliales, como son el acogimiento de menores o la adopción. Todo ello pone esta conexión con la regulación que ahora se introduce, sobre la custodia compartida para los casos de separación, divorcio o nulidad, con las instituciones existentes hasta la fecha, en tanto que se necesitan y complementan mutuamente.

Esta Exposición de motivos indica también que respecto al fondo del asunto, determina la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio, atendiendo a los requisitos establecidos en su articulado y siempre velando por el interés superior de los menores (a tenor de la ya mentada Convención sobre los Derechos del Niño) Añade que considera que la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida es una constante en las democracias más desarrolladas y un objetivo primordial en la consecución de una sociedad más justa e igualitaria. Para dar respuesta a esta problemática y cumplir con lo recogido en la indicada, son numerosos los países europeos que han introducido en sus legislaciones la guarda y custodia compartida para los casos de ruptura, separación o divorcio, al entender que es la solución que mejor permite el derecho que los hijos tienen a relacionarse con sus progenitores y sus familias extensas, en su caso.

Se determina que se fundamenta en los siguientes principios:

1.– Corresponsabilidad parental. Que garantiza que ambos miembros de la pareja participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos así como en la toma de decisiones

que afecten a los intereses de estos. 2.– Derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida. Derecho de los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor. 3.– Derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos. 4.– Igualdad entre hombres y mujeres. Que promueve que las relaciones entre hombres y mujeres en función de sus hijos, durante y después de la ruptura de pareja, se basen en el diálogo, el respeto y la igualdad.

La ley se compone de seis capítulos en los que se articula, que procedo a resumir: El capítulo I, con el epígrafe «Disposiciones generales», y que define el objeto de la ley, el ámbito de aplicación y los derechos y deberes de los progenitores y de los hijos en las rupturas de pareja; El capítulo II, «De los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y convenio regulador», desarrolla el contenido de los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y del convenio regulador. Los pactos en previsión de ruptura de la convivencia son acuerdos mediante los cuales, previendo la situación de ruptura, las partes regulan las condiciones de las relaciones familiares ante ella, disminuyendo de manera importante la contenciosidad en el momento de la ruptura real. Este capítulo desarrolla asimismo una de las piezas clave de la ley: el convenio regulador; El capítulo III, «De la mediación familiar», regula y, a su vez, pone de manifiesto la importancia de la mediación familiar como instrumento clave para reducir la litigiosidad en esta materia y reconducir las relaciones familiares en casos de ruptura; El capítulo IV, «De las medidas judiciales en defecto de acuerdo», determina las medidas que el juez deberá adoptar en caso de que no exista acuerdo

entre los miembros de la pareja, así como los criterios que deberá seguir. Se remarca en este capítulo que en caso de no acuerdo, y siempre a solicitud de parte, el juez otorgará la custodia compartida salvo cuando sea contrario al interés del menor, y siempre atendiendo a los requisitos establecidos en esta ley. Igualmente, en este capítulo se recogen aquellas medidas que el juez podrá establecer en relación con la patria potestad y guarda y custodia de los hijos, así como respecto a la pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios; El capítulo V, «Uso de la vivienda», determina el uso que se dará al hogar familiar y al ajuar doméstico. Este capítulo, partiendo del interés del menor, pretende impulsar el acuerdo entre los progenitores en lo referente al uso de la vivienda familiar. También pretende ampliar el espectro de elementos que el juez ha de considerar a la hora de atribuir el uso de la vivienda, que no queda rígidamente unido al régimen de custodia, con vistas, asimismo, a facilitar la autonomía de los miembros de la pareja después de la ruptura y en el menor tiempo posible; El capítulo VI, «De las medidas previas o coetáneas, provisionales y definitivas y su modificación», recoge en un artículo las medidas que deben establecerse de acuerdo con lo establecido en la ley. Y, finalmente, la ley contempla una disposición transitoria que pretende facilitar la puesta en marcha de lo establecido en esta norma, y una disposición final en la que se establece una «vacatio legis» de tres meses a fin de facilitar la puesta en marcha de lo establecido en la norma.

11.3.5. Aragón

En esta breve exposición terminaré por la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la cual debido al conocimiento que ostento sobre el ejercicio de la profesión de abogado en dicha comunidad, procederé a extenderme en el que es no obstante un resumen de su regulación.

Aragón fue la primera comunidad en abrir camino cuando en mayo de 2010[477] sus Cortes aprobaron la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, Ley 2/2010 de Igualdad de las relaciones familiares (LIRF)[478]. Establecía la custodia compartida como opción preferente, aunque posteriormente modificada. Y sobre la vivienda que la pareja compartía hasta el momento de la separación será adjudicado su uso a quien más dificultades tenga para reubicarse.

Esta ley quedó refundida en el Nuevo Código del Derecho Foral[479]: Con la aprobación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se refunde todo el Derecho Foral de Aragón, bajo el título de «Código del Derecho Foral de Aragón». De esta manera, quedan formalmente derogadas e integradas en el nuevo texto codificado, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padre y la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, de modo que las referencias realizadas en otras disposiciones a las Leyes objeto de refundición se deben entender hechas a

---

477 I. TENA PIAZUELO, Isaac. «Custodia Compartida en Aragón (ley 2/2010): ¿niños "de primera"?» *Rev. Aranzadi civil-mercantil*. Nº. 17. 2011, pág. 3.

478 LEY 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Núm. 111 Boletín Oficial de Aragón 08/06/2010. Derogada al quedar refundida en el CDFA.

479 J. DELGADO ECHEVERRÍA (Direc); M.C. BAYOD LÓPEZ, J.A. SERRANO GARCÍA (Coord.). *Código de Derecho Foral de Aragón. Concordancias. Doctrina y Jurisprudencia*. Zaragoza, 2015. Edit. Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia, pág. 20.

los artículos correspondientes del Código del Derecho Foral de Aragón.

En consecuencia, aunque voy a centrarme en la anteriormente llamada Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares, con la refundición de textos, el articulado de los mismos evidentemente queda referenciado a su numeración en el Código de Derecho Foral. Según el art. 75 del indicado Código (antes art. 1 Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares), el objeto es «regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo».

No obstante considero claro, que la ley se aplicará también según continúa exponiendo el indicado art. 75.1 a las relaciones familiares aunque no haya existido convivencia de los progenitores, dado que determina «incluidos los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores». Con esta determinación se incluirán como indico las situaciones familiares de los hijos aunque no haya existido convivencia de los padres[480]. Entiendo que aunque no se hubiera indicado tal referencia, por analogía debería aplicarse, puesto que todo su fundamento lo es en beneficio del menor. Así se había venido realizando en la práctica en otros supuestos, como el caso de las parejas de hecho antes de existir su propia regulación legal, se procedía a aplicar por analogía la normativa referida a la separación o divorcio.

Debo añadir que considero según la aplicación práctica que también debería aplicarse la legislación a las situaciones con hijos mayores discapacitados con necesidad de medidas de apoyo, dado que evidentemente en tales casos, debe protegerse el interés de los mismos en cuanto a custodia, lugar de residencia

480 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Actas foro de derecho aragonés 2011… Op. cit.*, pág. 137.

o necesidad de pensión y cuestiones económicas en general[481]. De hecho en artículos posteriores así lo determina la propia legislación, en concreto en el art. 80.

Uno de los principios inspiradores de esta legislación es que la ruptura de la convivencia de los progenitores, no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar, según constata el art. 76.1 (antes 2.1. Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares). Se pretende por tanto mantener en la medida de lo posible una situación similar a la existente antes de la ruptura[482]. Debemos acudir en consecuencia a concretar estos derechos y obligaciones[483] para lo cual podemos detenernos en las determinaciones expuestas en el Libro I del Código Foral de Aragón (antes la Ley del Derecho de la persona), en concreto:

Art. 60.1.– *El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.*

Y en el capítulo II: Deber de crianza y autoridad familiar: Art. 63.1.– *El deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo corresponde a ambos padres.*

Y continuando con los efectos de la ruptura, esta determinación sobre el beneficio del menor, también queda clara según el art. 76, derechos y principios (antes art. 2 Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares), se indica expresamente en el apartado

481 Sobre esta cuestión he realizado un estudio como Discurso de entrada en la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia. Con el título «Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados» Zaragoza 22 diciembre 2020. DL Z 534-2019. Contestación al mismo D. José Luis Merino Hernández.

482 I. TENA PIAZUELO. «Custodia compartida…» *Op. cit.*, pág. 56.

483 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Actas foro de derecho aragonés 2011… Op. cit.*, pág.143.

2 de este indicado artículo: Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

Los mismos son referidos al derecho de los hijos a un contacto directo y regular con ambos padres y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses (76.3.a), y asimismo el derecho de los padres respecto de sus hijos menores de edad a la igualdad en las relaciones familiares (76.3.b) No obstante lo que sí es claro, es que para la aplicación de dicha ley, deben existir *hijos a cargo,* y en concreto deberán ser hijos comunes a los progenitores, para que así se plantee la cuestión de la guarda y custodia.

Uno de los puntos principales en esta legislación, ahora art. 77 Código Foral (antes art. 3 LIRF), es el pacto de las relaciones familiares, dicho artículo determina: *Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.* El artículo establece los contenidos mínimos del pacto, similares a los del conocido como convenio regulador. Considero clara la equivalencia funcional entre este Pacto de relaciones familiares y indicado convenio[484], lo cual también queda determinado en la disposición adicional 2, ya que dispone que las referencias hechas al convenio regulador, se entenderán hechas al pacto de relaciones familiares.

La legislación sobre custodia fue modificada en 2019[485], ya que la redacción anterior indicaba otra forma de regulación[486], por lo que transcribo el actual artículo:

---

484 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *Actas foro de derecho aragonés 2011… Op. cit.,* pág.139.

485 Se modifica el apartado 2 por el art. único de la Ley 5/2019 de 21 de marzo. *BOE* a 2019-7786.

486 En cuanto a la opción legal sobre custodia, y por tanto en concreto en cuanto a custodia compartida o individual, exponía el art. 80 (antes art. 6 LIRF), que cada uno

Artículo 80. Guarda y custodia de los hijos.

1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos; En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad; En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar; 2. El Juez

---

de los progenitores por separado o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guardia y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. En el párrafo 2 del art. 80.1 se expone que en los casos de custodia compartida se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

Existía preferencia legal sobre la custodia compartida, determinando el art. 80, *«el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente».*

La ley determinaba una preferencia legal. Ya dejaba determinado el preámbulo de dicha ley, que considera que existen múltiples ventajas para la indicada custodia compartida, y así indicad en resumen: *los hijos mantienen relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar, los padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos, y se favorece la distribución igualitaria de los roles sociales.* En cuanto al contenido del régimen, la legislación no concreta expresamente el periodo de convivencia, habría que hablar de un principio de igualdad atemperada, ya que la ley no indica que el reparto deba ser exacto.

No obstante se aceptaba también la custodia individual, art. 80.1 párrafo 3: *en los casos de custodia individual se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.* Dicho régimen puede ser procedente en determinados casos: a) cuando lo hayan acordado los progenitores y lo haya aprobado el Juez; b) si uno de los progenitores está incurso en proceso penal por atentar contra el otro progenitor o los hijos, no procederá la atribución de custodia al mismo, y por tanto la custodia será individual al otro progenitor; c) cuando el Juez entienda que la custodia individual es más conveniente para el menor. En este caso el Juez debe justificar con suficientes pruebas dicha opción.

adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos; b) El arraigo social y familiar de los hijos; c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos; e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia; g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. 3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores. 4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos. 5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor. 6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

En el CDFA se concreta la importancia de la Mediación familiar: la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, popu-

larmente conocida como «la Ley de la custodia compartida de Aragón», que fue pionera en aspectos fundamentales del Derecho de familia, señalaba en su Preámbulo la importancia de la mediación familiar como instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, al tiempo que establecía un plazo de tres meses para que el Gobierno autonómico remitiera a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley en dicha materia. De esta manera, se publica y entra en vigor la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón en cumplimiento del referido mandato legislativo.

La nueva Ley pone de manifiesto la importancia de la mediación familiar para tratar de evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales. He de tomar como base jurídica los ya mentados artículos del CC, en concreto el art. 67 que dispone[487] *«actuar en interés de la familia».* Podemos trasladar al asunto que nos interesa, refiriéndonos a los progenitores. Este es un principio programático que inspira la regulación de la familia, como determinar el domicilio, patria potestad o custodia y que puede tener importancia como principio general al tratar de solucionar cuestiones concretas planteadas que no tengan una regulación específica. Como aspecto negativo de este principio, es que en este caso, los padres, deben abstenerse de aquellos actos en que el interés familiar puede resultar menoscabado, y un aspecto positivo, que podemos concretar en el deber de obrar en interés de la familia, entendida esta como una familia concreta y no como un ente distinto de los individuos que la componen, sino como un interés común que comprende el interés de los hijos.

En el Código Civil, también se impone el deber de actuar en interés de la familia, y esto es lo que pretende la institución de la

487 X. O`CALLAGHAN MUÑOZ. *Compendio de Derecho Civil… Op. cit.*, pág. 104.

mediación familiar, que sean los progenitores (en el caso que nos ocupa cuando existen menores), los que tomen la decisión más conveniente para el conjunto de dicha familia, aunque dejen de ser matrimonio, siguen conformando una familia con sus hijos comunes.

Retomando la legislación sobre la mediación a que hacíamos referencia, reconoce junto a la mediación extrajudicial la mediación intrajudicial como instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por Juzgados y Tribunales, de manera que cuando ya se ha iniciado un proceso judicial de nulidad, separación o divorcio, el Juez podrá decretar la suspensión de actuaciones si advierte que existen posibilidades reales de que las partes puedan alcanzará un acuerdo. El art. 78 del CDFA, determina: «*en caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá a efectos de facilitar un acuerdo entre los padres proponerles una solución de mediación y designar para ello un mediador familiar*».

XII. REFERENCIA NECESARIA A LA MEDIACIÓN. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

12.1. INTRODUCCIÓN

Podemos comenzar preguntándonos, de qué forma se hace presente el Derecho[488] en las situaciones de conflicto en el ámbito matrimonial o de ruptura de pareja, qué soluciones ofrece el ordenamiento jurídico a la pareja en situación de crisis[489], y cuál es el tratamiento jurídico que el ordenamiento legal proporciona a la compleja temática de estas crisis.

Refiriéndome al contexto legal e intervención profesional[490], se puede determinar que las situaciones conflictivas de la pareja pueden dar lugar a tres maneras legales de disolver la relación: separación, divorcio y nulidad (este último no lo he indicado

488 J.H. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA (Direc.). *Mediación familiar. Tomo II.* Madrid, 2009. Dykinson. Madrid, 2009, pág. 29.

489 I. TENA PIAZUELO. «Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida». *Rev. Actualidad Civil*. Nº 23. 2012.

490 T. BERNAL SAMPER. La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja. Madrid, 2008. Edit. Colex, pág. 162.

debido a que es muy poco utilizada en el ordenamiento civil[491], acudiendo en la mayoría de los casos al eclesiástico).

La respuesta jurídica a la crisis conyugal se puede resumir en dos direcciones principales:

• La superación de la situación conflictiva mediante el recurso a remedios jurídicos desvinculatorios: separación, disolución y nulidad matrimonial.

• Por el contrario, la superación del conflicto por medio de situaciones jurídicas que tienden a la estabilidad conyugal como la reconciliación (supuesto de un conflicto en la convivencia).

Se opte por la vía de solución por la que se opte, el Derecho ofrece además una serie de instrumentos, cauces o técnicas auxiliares cuya misión es evitar la litigiosidad procesal, proporcionando un espacio que permita transitar de la confrontación a la cooperación, en la búsqueda de la mejor solución al conflicto que enfrenta a las partes. La evolución del derecho de familia[492] justifica la aparición de nuevos sistemas dentro del marco jurídico.

---

491 Comparativa últimos diez años: Datos INE, fecha 26 de septiembre de 2013 Durante el año 2012 se produjeron un total de 110.764 nulidades, separaciones y divorcios, lo que supuso una tasa de 2,4 por cada 1.000 habitantes. Por tipo de proceso, se produjeron 104.262 divorcios (un 0,6% más que en el año anterior), 6.369 separaciones (un 7,9% menos) y 133 nulidades (un 0,8% más). Los divorcios representaron el 94,1% del total, las separaciones el 5,8% de y las nulidades el 0,1% restante. Obtenido de datos fecha de entrada 11 febrero 2014 pagina web http://www.ine.es/prensa/np800.pdf.

En 2022 hubo 81.302 divorcios, un 6,4% menos que en el año anterior. De ellos, el 12,9% lo fueron ante notario Durante el año 2022 se produjeron 84.551 casos de nulidad, separación y divorcio, lo que supuso una disminución del 6,7% respecto al año anterior y una tasa de 1,8 por cada 1.000 habitantes. Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) Año 2022. Pagina web. Nota de prensa a 13 julio 2023.

492 A.M. PÉREZ VALLEJO. «Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial». *Rev. La Ley. Actualidad Civil*. Núm. 16, pág. 1880.

En el proceso que vamos a tratar, el de mediación[493], los cónyuges o pareja ya se encuentran en una situación de separación, y se pretende con el indicado proceso evitar la litigiosidad ante los Tribunales[494].

El Derecho está presente en el momento constitutivo[495] y en el momento extintivo de las relaciones jurídico-conyugales-familiares, así como en los momentos modificativos de esa regulación jurídica matrimonial. En el sentido que ahora se procede a tratar, considero que el problema no es el conflicto sino qué respuesta le damos. Es por ello que en este proceso no es incompatible que se persiga como objetivo[496], tanto arreglar las disputas como resolver el conflicto.

La mediación, es un método de resolución de conflictos con la intervención de una tercera persona imparcial y experta, previamente solicitada y aceptada por las partes, ya sea a iniciativa propia o por indicación de la autoridad judicial o administrativa, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por sí mismos de un acuerdo satisfactorio[497]. Por tanto no solo es una alternativa al proceso, sino un procedimiento por el cual las partes asumen una responsabilidad[498] en la resolución del conflicto.

---

493 R. DE DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN GESTOSO. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas.* Madrid, 2008. Edit. Pirámide, pág. 173.

494 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Et alii.* Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia. *Op. cit*. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. (Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. Mediación Familiar) Pág. 200.

495 C. LAZÁRO GUILLAMON, J.L. ZAMORA MANZANO. «Algunas consideraciones sobre la mediación: perspectiva histórica y on line dispute resolution» Rev. general de derecho romano. Nº 25. 2015, pág. 13.

496 L. PARKINSON. *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, 2005. Edit. Gedisa, pág. 16.

497 J. ESCRIVÁ— IVARS. *Op. cit.*, pág. 129.

498 R. GUTIÉRREZ SANZ. Actas Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza, 2011. Edit. El Justicia de Aragón, pág. 8.

Se trata en definitiva de una negociación[499] entre las partes adversas en presencia de un tercero neutral, cuyo trabajo consiste en facilitar la búsqueda de remedios para el conflicto. El mediador no tiene ningún poder para imponer una solución a las partes.

Los modernos procedimientos de solución de conflictos[500] se refieren a técnicas que tienen en común potenciar el protagonismo de quienes mantienen una contienda, involucrándolos en la propia solución de la misma, para que (como sucede en las resoluciones judiciales o arbitrales) no sea su resultado una decisión heterónoma a quienes se enfrentan en conflicto y en alguna medida ajena tanto a quien logra salir victorioso como al derrotado. La ley reconoce la voluntad de los esposos (o pareja), no solamente para originar una situación (matrimonial al casarse), sino también para conservarla o recuperarla (mediante la reconciliación como fenómeno previsto en el Código Civil), o también para perderla (alegando causas de nulidad, o solicitando la separación o el divorcio). Es decir, lo que deben potenciar las técnicas de mediación es la adquisición de recursos que permitan a los protagonistas resolver o encauzar sus problemas familiares[501].

El proceso de mediación comprende la conciliación (mediación y conciliación son medios de resolución de conflictos en los cuales interviene un tercero, pero a su vez, distintos, puesto que el mediador, en principio, no propone soluciones, mientras que el conciliador sí lo hace), pero además le añade al mediador

---

499 L. MUNDUATE JACA; F.J. MEDINA DÍAZ (coord.). *Gestión del Conflicto, negociación y mediación.* Madrid, 2011. Edit. Pirámide, pág. 119.

500 J. REDORTA LORENTE. *Como analizar los conflictos*. Barcelona, 2007. Edit. Paidós, pág. 61.

501 I.TENA PIAZUELO. *«Primeros pasos legislativos de la Mediación familiar en España».* En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor D. Luis Diez-Picazo.* Madrid, 2003. Edit. Thomson Civitas, pág. 499.

una parte activa, como es intervenir en las discusiones, hacer sugerencias y propuestas e incluso formular recomendaciones, aunque no tiene poder de decisión.

La mediación en materia general se mantiene regulada en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y los decretos de desarrollo[502] de fecha 5 de marzo de 2012. Se encuentra pendiente de tramitación la reforma de esta legislación, en concreto en fecha diciembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia[503], que introduce el uso obligatorio, y previo a la vía judicial, de los denominados «medios adecua-

---

502 Real Decreto Ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *BOE* 6 de marzo de 2012.

Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

503 Ministerio de Justicia: Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. 15 diciembre 2020. El Anteproyecto indica, en su exposición de motivos, que *también es responsabilidad de la ciudadanía contribuir a la sostenibilidad del servicio público de Justicia*, *primero, para poder hacer frente a las dificultades en el desenvolvimiento normal de los juzgados y tribunales; después, para poder superar el enorme reto de ofrecer un servicio público eficiente y justo a la ciudadanía; y, finalmente, para incorporar los nuevos valores de interdependencia, de solidaridad y de humanismo entre los que la Justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible de la paz social*. Y añade que *La justicia emana del pueblo, como también radica en el mismo el sentido de lo justo, por lo que se ha de propiciar la participación de la ciudadanía en el sistema de Justicia. Ya se hace en el ámbito penal con la institución del jurado, y es conveniente también abrir la justicia civil, social —e inmediatamente después la contencioso-administrativa— a los ciudadanos para que se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia.*

El Anteproyecto define los MASC, en su artículo 1.1, *como cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden, de buena fe, con el objeto de encontrar una solución extrajudicial a la controversia, por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral.*

dos de solución de controversias» (MASC») en el ámbito civil y mercantil.

La exposición de motivos donde determina que una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, implicando ello la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los conflictos. Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables.

La mediación como fórmula de auto-composición es un instrumento eficaz para la resolución de controversias[504] cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible.

La regulación de la mediación en nuestro Estado, se realiza por la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008[505], sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles[506]. Sin embargo su regulación va más allá en línea con la revisión de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

Y de esta forma, contempla como MASC: La mediación; Negociación directa o a través de los abogados; Otras modalidades previstas en la legislación especial (como por ejemplo, en materia de consumo); La conciliación privada; La oferta vinculante confidencial; La opinión de experto independiente.

504 M. de ARMAS HERNÁNDEZ. «La mediación en la resolución de conflictos». *Rev. Educar*. Nº 32. 2003 Pág. 126.

505 C. FERNÁNDEZ CANALES. En *Practicum Mediación*. AAVV *Normativa reguladora*. Pamplona, 2003. Edit. Aranzadi, pág. 33.

506 C. BOLDÓ RODA; M.M. ANDREU MARTÍ. *La mediación en asuntos mercantiles*. Valencia, 2015. Edit Tirant lo Blanch, pág. 47.

En resumen, considero necesario exponer el articulado de este real decreto ley que se estructura en cinco títulos:

El título I de disposiciones generales, donde se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones sobre la mediación. Destaco por tanto este apartado que considero de trascendencia jurídica los efectos que se exponen sobre prescripción y caducidad en su artículo 4 que determina que el comienzo de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones. El titulo II, enumera los principios informadores de la mediación: voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad, y confidencialidad. Y se añaden también las reglas que han de guiar la actuación de las partes en la mediación. El título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que debe cumplir y de los principios de su actuación. El título IV regula el procedimiento de mediación, considerando sencillo y flexible y que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales.

Finalmente el título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos ajustándose a las previsiones que ya existen en Derecho. Es trascendente por ello el art. 25 con las determinaciones para formalizar documento ejecutivo[507], pudiendo las partes solicitar del Tribunal su homologación, y asimismo continuando el art. 26 donde concreta el Tribunal competente para la ejecución que lo será dependiendo, si la mediación se inicia estando en curso un proceso, se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo, y en el caso que se trate de acuerdos

507 H. SOLETO MUÑOZ. «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil». *Rev. Diario La Ley*. Nº 7834. 2012.

formalizados tras un proceso de mediación, será competente el Juzgado del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo, según lo previsto en el art. 545.2 LEC. Es evidente como indica el art. 28 que no podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a derecho.

Estimo necesaria esta exposición a la legislación general, dado que la misma es aplicable a la mediación familiar[508]. Como posteriormente expondré existe legislación especifica en determinadas comunidades autónomas, pero en lo no regulado, se acudirá a la indicada legislación civil y mercantil.

12.2. BREVE REFERENCIA A LA MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Considero conveniente realizar una breve referencia a la negociación, conciliación, mediación y arbitraje, en general sistemas conocidos como Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (ADR)[509]:

Negociación, conciliación, mediación y arbitraje son cuatro modos, ya clásicos, de solución de conflictos; no obstante es interesante concretar brevemente las diferencias[510] en dichos métodos. Se caracterizan por una cierta institucionalización del reglamento del conflicto. La negociación, la mediación y la con-

508 Para el abogado de familia, entiendo altamente interesante los conocimientos sobre mediación familiar, en primer lugar por ser una forma de resolución del conflicto, pero no solo por ello, sino porque la formación como mediador, ofrece otros aspectos diferentes a la profesión de abogacía, que considero altamente útiles para el ejercicio de la actividad.

509 ADR. Alternative Dispute Resolution.

510 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. (Direc.) *Mediación Familiar*. *Tomo III*. Madrid, 2009. Edit Dykinson, pág. 14.

ciliación[511], como procesos de resolución de conflictos matrimoniales y familiares ofrecen, para nosotros, un interés principal, toda vez que definen situaciones de conflicto cuya solución está en manos de las partes adversas y deriva de la interacción entre ellas:

12.2.1. Negociación

La negociación es un procedimiento de discusión que se establece entre las partes adversas por medio de representantes oficiales cuyo objetivo es llegar a un acuerdo aceptable para todos. El objetivo de la negociación, para las partes enfrentadas, es el de llegar a un acuerdo por medio de conversaciones e intercambio de opiniones entre sus legítimos representantes[512].

Los actores de la negociación son los negociadores, que actúan como representantes de las partes. Este concepto de representante es primordial, porque define la acción de los negociadores. Estos no hablan a título personal, sino en nombre de un tercero (su cliente) que les ha conferido mandato para defender su posición e intereses.

El mandato conferido contiene asimismo la exigencia de llegar un acuerdo con la parte adversa. El mandato es doble y requiere comportamientos opuestos: por una parte, intransigencia en la defensa de la posición inicial del cliente, pero, por otra, también flexibilidad para consentir el mínimo de concesiones necesarias para la conclusión del acuerdo. Para asumir este doble mandato, el negociador precisa cierto margen de libertad, de

511 J.L. UTRERA GUTIÉRREZ. *Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación. Actualización del derecho de familia y sucesiones*. Edit. Dykinson. Madrid, 2004, pág. 142.

512 M. FERNÁNDEZ CABOS; L. RENEDO GOMEZ; J.A. TRUGEDA CARRERA. En *Prácticum Mediación 2014. Mediación y negociación*. Pamplona, 2013, pág. 150.

autonomía, para poder adaptarse a la situación y responder de la mejor manera a los intereses de su mandante, siendo necesario manejar herramientas[513]. Así pues, el negociador está en total vigilancia, si quiere tener más libertad de movimientos, tendrá que convencer a su cliente de la necesidad de flexibilizar la posición inicial para llegar a un acuerdo, aunque sea particular. Y entonces se entabla otra negociación, esta vez interna, entre el negociador y su representado.

En el caso en el que el negociador sea un mero portavoz de su cliente, sin autonomía y por tanto sin margen de maniobra su papel es mas sencillo No es más que un portavoz que consulta con su cliente cada vez que surge una situación.

Pero una definición tan limitada del papel del negociador, normalmente abogado, en la negociación es bastante rara y, en general, el negociador goza de cierto margen de maniobra y de libertad para apreciar la situación. Se considera[514] que el comportamiento negociador se debe basar en acuerdos mutuos y en intercambio de información.

Las técnicas de negociación pueden ser válidas y aplicarse para tramitar el proceso de mediación, y en concreto para la mediación familiar[515].

---

513 J. REDORTA LORENTE. *Aprender a resolver conflictos*. Barcelona, 2007. Edit. Paidós, pág. 67.

514 J.M. HAYNES; *Fundamentos de la Mediación Familiar*. Madrid, 1995. Edit. Gaia, pág.173.

515 M. FERNÁNDEZ CABOS; L. RENEDO GÓMEZ; J.A TRUGEDA CARRERA. *Mediación y Negociación. En Practicum Mediación 2014. Op. cit*. Se indica en el indicado capítulo: *el papel de la negociación y sus técnicas en la mediación: el mediador como supervisor de la negociación de las partes*, pág. 250.

12.2.2. Conciliación

Otra de las fórmulas que se considera un medio de solución de conflictos, alternativa a la vía jurisdiccional es la conciliación. Con esta figura estamos también ante una vía auto-compositiva de resolución de controversias, de naturaleza semejante a la mediación aunque con importantes diferencias.

Conciliación y mediación definen dos situaciones afines, pero teóricamente distintas. La conciliación define una función menos activa por parte del tercero: consiste en juntar a las partes en unas circunstancias y en un ambiente más propicio para una discusión más serena en busca de un acuerdo. El conciliador se satisface con facilitar las relaciones y la comunicación entre las partes. La mediación define una función que comprende a la anterior pero que le añade una parte más activa al mediador: puede intervenir en las discusiones, hacer sugerencias y propuestas e incluso formular recomendaciones con vistas a un acuerdo.

12.2.3. Arbitraje

En el caso del arbitraje[516], las partes enfrentadas se someten al juicio de una tercera persona, para resolver su caso. El árbitro goza entonces de todo el poder para formular una decisión que tiene fuerza de ley y las partes deben acatarla.

Frente a la negociación, la mediación y la conciliación, que definen situaciones de conflicto cuya solución está en manos de las partes adversas y deriva de la interacción entre ellas, en el arbitraje no son las partes las que toman las decisiones, sino un tercero: el árbitro. Debo resaltar como dato importante, la reserva de libertad de acción o aceptación de la obra pacificadora del ter-

516 C. BOLDO RODA; M.M. ANDREU MARTI; En *La mediación en asuntos mercantiles*. *Op. cit*. J.M. EMBID IRUJO realiza una interesante introducción indicando como *precedente valioso el papel del arbitraje,* pág. 28.

cero: conciliación mediación y arbitraje[517] tienen en común que la intervención de un tercero en la negociación se produce por la acción de las mismas partes en conflicto. Y se diferencian en que mientras en la conciliación y en la mediación se reservan su ulterior libertad de acción; en cambio, en el arbitraje las partes se comprometen a aceptar la obra pacificadora del tercero.

La distinción más nítida es la que existe entre mediación y arbitraje. El árbitro tiene autoridad y la responsabilidad de tomar decisiones para resolver el conflicto y su decisión es vinculante para las partes. El mediador no tiene ese poder de decisión: son las partes las que toman las decisiones. El mediador debe valerse de la persuasión. Puede sugerir, e incluso recomendar, pero son las partes las que tienen el poder de decisión.

12.2.4. Mediación

La mediación, en general, como institución compleja, aplicable a diferentes ámbitos es un método de resolución de conflictos con la intervención de una tercera persona imparcial y experta, previamente solicitada y aceptada por las partes, ya sea a iniciativa propia o por indicación de la autoridad judicial o administrativa que tiene como objetivo ayudar a las partes y facilitar la obtención por los mismos de un acuerdo satisfactorio. Se trata, en definitiva, de una negociación entre las partes adversas en presencia de un tercero, neutral, cuyo papel consiste en facilitar la búsqueda de una solución para el conflicto[518]. El mediador no tiene ningún poder para imponer una solución a los protagonistas.

---

517 L. PARKINSON. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, 2005. Edit. Gedisa, pág. 27.

518 G. OROZCO PARDO. «Notas acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scout H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en Estados Unidos». *Rev. de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*. Nº 5. 2002, pág. 738.

Que el protagonismo lo tengan de forma inequívoca las partes en conflicto, no significa que el mediador sea un agente meramente pasivo. Un mero espectador de la negociación entre aquéllas. Lo que se quiere subrayar es que no forma parte del oficio ni de la tarea profesional del mediador la definición autoritaria del nuevo espacio relacional de los miembros de la familia; ni la exoneración, por sustitución, de la responsabilidad de las partes en la toma de decisiones en el diseño de ese nuevo espacio familiar, consecuencia del conflicto.

El objetivo fundamental de la mediación es ofrecer un cauce para que la pareja en crisis elaboren por sí mismos las bases de un acuerdo aceptado de las relaciones conyugales y patrimoniales, teniendo en cuenta las necesidades de cada uno de los miembros de la familia y de forma muy especial, de los hijos[519]. No obstante, por alguna parte de la doctrina se considera, que el llegar a un acuerdo durante el desarrollo del proceso es obviamente positivo pero tanto el mediador como las partes en conflicto deben considerar que la decisión de no llegar a un acuerdo es una conclusión igualmente válida del proceso[520].

En consecuencia en reducida síntesis, podríamos enumerar como objetivos irrenunciables de la estrategia de mediación familiar[521] los siguientes:

a) Restablecer y mejorar la comunicación entre las partes; b) reducir los conflictos; c) identificar, objetivar y esclarecer los

519 J. ESCRIVÁ-IVARS. *Matrimonio y mediación familiar*. *Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia.* Madrid, 2001. Edit RIALP, pág. 145.

520 T. BERNAL SAMPER. *La mediación*. *Una solución a los conflictos… Op. cit.*, pág. 53.

521 Así consideran algunos autores como M.T. PÉREZ GIMÉNEZ. «La mediación en el Marco del protocolo familiar», *Rev. Actualidad Civil*, Nº. 9. 2010, pág. 997: *A través de la mediación se trata de conseguir una nueva organización familiar fruto del consenso alcanzado por las partes en conflicto, con la ayuda neutral, imparcial y carente de todo poder de decisión de un tercero, el mediador, cuya intervención será solicitada y aceptada por aquellas en un marco de confidencialidad.*

puntos específicos del litigio; d) dar lugar a acuerdos amistosos; e) asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres y los hijos; f) reducir el desgaste emocional y los costos económicos y sociales de los procesos de separación; g) reducir el tiempo necesario para regular la solución al conflicto.

En este tipo de procesos lo que se pretende es resolver el conflicto familiar, no derrotar a la otra parte. La experiencia demuestra que el mejor procedimiento para resolver el conflicto familiar es aquel en que las partes tratan de vencer el problema más que a la otra parte. En la sede de conflictos matrimoniales lo que importa es, sin duda, resolver el problema inmediato de las personas, no impidiendo la posibilidad de mantener un marco pacífico de relaciones futuras[522]. No debe olvidarse que en los litigios familiares se hallan siempre implicadas personas, sobre todo si hay hijos, que están llamadas a mantener relaciones interdependientes.

En la sociedad actual, se fomenta la mediación[523], e incluso se trata la necesidad de establecer la mediación obligatoria en los procedimientos de familia, se destaca la necesidad de implantar la mediación familiar como un servicio público fomentando el diálogo entre los cónyuges, y se hace especial hincapié en que la mediación resulta necesaria para establecer la custodia compartida.

En esta introducción no podemos obviar un acercamiento a la idea de conflicto[524]. El conflicto es una realidad de la vida. La diferente forma de entender un mismo acontecimiento y la no aceptación de las diferencias de opinión muestran una

522 I. TENA PIAZUELO. *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid, 2000. Edit. Centro de Estudios Regístrales, pág. 103.

523 EL DERECHO. *Boletín Derecho de Familia*. Nº 42. 2005.

524 J. REDORTA LORENTE. *Como analizar el conflicto… Op. cit.*, pág. 79.

interpretación exclusivista de la realidad, donde se considera el otro equivocado[525]. El término[526] «mediación» puede resultar novedoso pero no es un concepto en sí mismo nuevo, aunque sí reviste cierta innovación su formalización y aplicación sistemática a los conflictos familiares. La mediación voluntaria es una de las principales alternativas para solucionar conflictos fuera de los tribunales. Si bien la mediación familiar, como procedimiento formal y estructurado, puede resultar un procedimiento más innovador, sin embargo el recurso a la mediación, como técnica *informal* de resolución de disputas familiares no es desconocido. Cualquier profesional con experiencia[527] ha recurrido a esa técnica como modo de solucionar algunos conflictos de Derecho de familia o para negociar el convenio de separación matrimonial de sus clientes.

Se puede indicar que en la mayoría de ordenamientos jurídicos existe la mediación voluntaria, como solución extrajudicial homologable posteriormente por un Juez, lo cual tiene cabida en el Derecho de familia, especial en el ámbito de la separación; entre otras razones, porque en la mayoría de esos ordenamientos se admite la separación por mutuo acuerdo. Sin embargo, desde un punto de vista *formal*, el recurso a este procedimiento de resolución de conflictos y a profesionales especializados en este campo, es reciente.

Los primeros pasos en el proceso de actualización y modernización de la mediación, como método especializado de resolución de conflictos, se han dado en Estados Unidos, donde la aplicación de la mediación está también presente no sólo en el

525 T. BERNAL SAMPER. *Op. cit.*, pág. 55.

526 J.M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar*. *Op. cit.*, pág. 43.

527 M.I. GONZÁLEZ CANO. *Los métodos alternativos de resolución de conflictos*. En H. SOLETO MUÑOZ; M. OTERO PARGA. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid, 2007. Edit. Tecnos, pág. 137.

ámbito de los conflictos matrimoniales y familiares, sino también en ámbitos tan diversos como el de los conflictos laborales, de consumo, comunitarios, de seguros, etc. En Europa, aunque el proceso de institucionalización de la Mediación familiar ha empezado más tarde, sin embargo está siendo alentado y promocionado por los poderes públicos y se aplica ya en diversos países de la Comunidad, como por ejemplo en Inglaterra. Escocia, Alemania. Bélgica, Finlandia, Noruega, España y Francia, entre otros países[528]**.** En España no existe una legislación nacional que regule específicamente la Mediación familiar, pero sí hay leyes sobre la Mediación Familiar en diversas Comunidades Autónomas, que indicaremos en este estudio. Entre los países de habla hispana merece especial atención Argentina, donde la mediación está legislativamente muy articulada y su práctica muy desarrollada.

En concreto, la introducción y promoción de la mediación familiar en Europa, como procedimiento extra-jurisdiccional de resolución de conflictos en el ámbito matrimonial y familiar, está recibiendo un gran impulso sobre todo a partir de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998[529].

---

528 Sobre la mediación familiar en Europa, vid. M. MARTI CASALS, *La Mediación familiar en derecho comparado, principios y clases de Mediación en el derecho europeo*, en «Actas del I Congreso Internacional de Medición familia. Barcelona, 1999.– Vid. J. ESCRIVÁ-IVARS *Matrimonio y mediación familiar. Instituto de ciencias para la familia.* Madrid, 2001. Edit. Rialp, pág. 130.

529 En la Exposición de Motivos de esta Recomendación se indica a los gobiernos de los Estados miembros que deben: *instituir o promover la mediación familiar o, si ya se diese el caso, reforzar la mediación familiar existente; y tomar o reforzar cualquier medida que estimen necesaria con el fin de asegurar la promoción y la utilización de la mediación familiar en tanto que mecanismo apropiado de resolución de los litigios familiares*. La función que atribuye esta Recomendación a la Mediación familiar como mecanismo de resolución de conflictos es la de *promover los acuerdos, reduciendo el conflicto de intereses entre los miembros de una familia; proteger el interés de los menores; disminuir los efectos negativos de la separación o divorcio*

En recientes publicaciones[530], se define igualmente la mediación, indicando que la mediación familiar es una negociación en el que una tercera persona ayuda, a quienes se hallan en una situación de crisis familiar, a resolverla se alude a «*procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos*» en el seno de la familia en el que «*uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo*». O bien «*un procedimiento extrajudicial y voluntario*» en el que «*un tercero debidamente acreditado denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables*».

Debo exponer que la mediación tiene diferentes ámbitos, y que aunque el centro de esta tesis es el tema familiar, considero necesario hacer referencia a otros campos, que se exponen en los siguientes apartados.

12.2.4.1. Naturaleza jurídica de la mediación

Considerando que un proceso judicial, o los indicados medios alternativos, como la mediación, la conciliación, el arbitraje, son efectivos métodos para encontrar una solución o resolución al conflicto, entiendo la conveniencia de plantear el fundamento y la naturaleza jurídica en concreto en cuanto a la mediación que aquí analizo.

---

entre padres e hijos y reducir los costos económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para la familia y el Estado.

530 A.M. LORCA NAVARRETE; N.M. DENTICI VELASCO. *La nueva Ley de Divorcio 2005. Especial referencia a la mediación*. San Sebastián. 2005. Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal, pág. 150.

Por tanto centrándonos en este estudio, en cuanto a la mediación puede argumentarse que su naturaleza jurídica[531], sigue la teoría de las relaciones jurídicas bilaterales y consensuales, nos encontramos ante una naturaleza contractual. Se puede tratar de determinar la naturaleza del instrumento, acto o negocio jurídico que viabiliza la celebración de uno de estos medios, y la del efectivo conflicto intersubjetivo de intereses que se suscita u origina en el plano de la realidad social y que se proyecta de modo bilateral, esto es, entre las partes en conflicto, ya que las indicadas las partes ponen la solución de sus diferencias en el dialogo. Con base en ello en cuanto a este método de resolución de conflictos, se debe determinar si es un proceso equivalente al jurisdiccional o, de alguna manera, encierra diversas instituciones sustitutivas del proceso jurídico[532]. Como he expresado en los epígrafes anteriores, es mi opinión que nos encontramos ante un medio que sirve de auxilio a la justicia y, se trata de un medio *sui generis* que escogen las partes en conflicto para la solución del conflicto.

Ahora bien, considero que es trascendente destacar la terminación del procedimiento, porque debo indicar que en dicha finalización, si existe acuerdo, nos podremos encontrar ante un contrato, por lo que considero que ello debe relacionarse en este epígrafe sobre la naturaleza jurídica.

En este sentido hacemos también referencia a la anteriormente mentada Ley de Mediación Civil y mercantil, que concreta en su articulado lo siguiente: art. 22, 1) – *Puede concluir en acuerdo o finalizar sin dicho acuerdo.; con la terminación se devolverán los*

531 R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA. *La dinámica del conflicto en mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid, 2007. Edit. Tecnos, pág.37.

532 E. VINYAMATA CAMP. *Manual de prevención y solución de conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*. Barcelona, 1999. Edit. Ariel, pág.19.

documentos; 2).– La renuncia del mediador producirá la terminación si no se designa nuevo mediador; c)– El acta final determinará la conclusión del proceso, y en su caso reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible. Deberá ir firmada por las partes y por el mediador, y se entregará un original a cada una de ellas.

La mediación tiene lugar tanto si hay acuerdo como si no, y finaliza con un acto formal (esto es: «acta final»), que se identifica con el documento que determina la conclusión del proceso, recogiendo el resultado del mismo. Estará sometido al principio de libertad de forma, y depende de la voluntad de las partes que se recojan o redacten todos los acuerdos.

En consecuencia podemos establecer una diferencia:

Acta final: determina la finalización de la mediación y en su caso reflejará los acuerdos.

Acuerdo de mediación: pone término definitivamente a la mediación, y se identifica con los puntos en común alcanzados.

Concluido el proceso, en la mayoría de ocasiones requerirá la redacción de documentos, pudiendo surgir puntos nuevos, que se pueden resolver en el proceso de redacción.

Al acuerdo definitivo y completo, no se llega muchas veces en la mesa de mediación, sino cuando se plasma en documento para la firma.

En este mismo sentido el art. 23 hace referencia al acuerdo de mediación, el cual podrá ser: 1.– *Sobre una parte o sobre la totalidad de las materias, deberá constar los datos, fecha, lugar, las obligaciones que se asumen…;* 2.– *Deberá firmarse y se entregará un ejemplar a cada parte;* 3.– *El mediador informará del carácter vinculante del acuerdo, y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar título ejecutivo;* 4.– *Contra lo convenido , pueden alegarse las causas de nulidad, por las causas que invalidan los contratos*.

Por tanto realmente, no existe definición de su naturaleza jurídica, entendiéndose que es contractual, y en consecuencia debe ostentar requisitos mínimos e imprescindibles para su validez.

El proceso de mediación, en caso de alcanzarse un resultado, no termina con ninguna decisión del mediador, sino como un acuerdo de las partes sobre la cuestión litigiosa, conocido tradicionalmente como el acuerdo o contrato transaccional.

El acuerdo de mediación escrito y firmado constituirá el acuerdo de mediación definitivo. Añado aquí que, es en este momento donde los abogados pueden realizar su misión principal, para una vez depurado el pacto, convertirlo en documento (incluso con fuerza a obligar), y concluir lo que desde el punto de vista técnico jurídico se denomina «título», y en su caso incluso recibir homologación judicial[533]. Dicho acuerdo de mediación o negocio jurídico meditado, pertenece en exclusiva a las partes y por tanto, sólo será firmado por ellas, y no por el mediador, quien no es parte ni por tanto participa en el mismo. (El mediador ya no aportará más, tras la firma del acta final).

Respecto al contenido material del acuerdo, en resumen: estará formado por el conjunto de derechos y obligaciones que las partes asumen, que variarán dependiendo del negocio jurídico de que se trate, y siempre con el límite de no pactar sobre materias que no sean derecho disponible.

12.2.4.2. Ejecución de los acuerdos

El análisis del epígrafe anterior, resulta altamente trascendente para el supuesto de ser necesaria la ejecución de los acuer-

533 L. GARCÍA VILLALUENGA. «La mediación familiar en España». Madrid, 2011. Edit. Univ. Complutense de Madrid.

dos[534]. Y así retomamos la indicada Ley de mediación civil y mercantil.

En concreto, el art. 25 de la indicada legislación se refiere a formalización de título ejecutivo, indicando que: podrá elevarse a escritura pública, y que asimismo cuando se hubiere alcanzado después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar su homologación de acuerdo a la LEC.

En este segundo supuesto, determina el art. 26 que el Tribunal competente para la ejecución, será el que homologó el acuerdo, o bien si son acuerdos formalizados tras un proceso de mediación lo será Juzgado de Primera instancia del lugar de la firma (art. 545 LEC).

12.2.4.3. Breve referencia a otros campos en mediación

Retomamos el apartado de la mediación general, en cuanto a la determinación que se realiza en la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles[535]. En dicha legislación, se expone un concepto legal en su artículo 1 define la mediación de manera amplía: *aquel medio de resolución de controversias cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*

Asimismo la Exposición de Motivos y preámbulo de dicha Ley, constatan la mediación como: alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral. Construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por

534 C. BOLDÓ RODA; M.M. ANDREU MARTÍ. En *La mediación en asuntos mercantiles*. *Op. cit*. R.SÁNCHEZ HERNANDEZ expone el *Procedimiento y ejecución de acuerdos*, pág. 111.

535 Ley 5/2012 de 6 de julio. Mediación en asuntos civiles y mercantiles. *BOE* Nº 162 de 7 de Julio; *BOE* Nº 178 de 26 de Julio (RCL 2012, 947 y 1047) incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE cuyo plazo de transposición finalizaba el 21 de mayo de 2011, lo que justificó al recurso al RD Ley (Decreto Ley 5/2012).

las propias partes de forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.

Igualmente esta normativa quiere hacer referencia al proceso, y a su duración, y aunque de manera amplia establece el art. 20, que será «lo más breve posible» y sus actuaciones «se concentrarán en el mínimo numero de sesiones», continuando el art. 21 que para el desarrollo de las actuaciones se convocarán con antelación necesaria, se facilitará la exposición de sus posiciones, existiendo la posibilidad de reuniones individuales.

A.– Mediación civil y mercantil.

En referencia a la misma legislación (pues como he indicado concretamente su título es «civil y mercantil»), en su art. 2 concreta el ámbito de aplicación: asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. (art. 3), y quedarían excluidos: mediación penal, mediación con administraciones publicas; mediación laboral; mediación en materia de consumo. Y ello porque el ámbito civil y derecho civil se refiere a las relaciones personales y económicas establecidas entre particulares.

B.– Mediación comunitaria.

Conflictos comunitarios, y especialmente derivados de relaciones de vecindad. (Es indudable que la mediación civil implica abordar las relaciones de vecindad).

C.– Mediación penal.

Debo indicar que este ámbito es referido en concreto a mediación penal reparadora o justicia restaurativa, y se puede definir como proceso[536] a través del cual la persona infractora con reconocimiento de su conducta como inapropiada, acepta

536 C. ROMERA ANTON. En *Prácticum mediación 2014. Op. cit.,* pág. 382.

su responsabilidad hacia quien ha dañado y hacia la comunidad, que en respuesta a ello permite su reintegración.

El énfasis se pone en la restauración: a la víctima, restauración de quien ha ofendido en términos de auto-respeto, restauración de la relación entre las partes, y también de las personas dentro de la comunidad.

En consecuencia con ello como características, puedo indicar que, dado que el delito es una violación contra las personas, de las relaciones, es decir un conflicto humano que causa sufrimiento a la victima. En muchas ocasiones el delito está relacionado con otros conflictos, y por ello, el delito crea obligaciones para hacer lo correcto. Responsabilidad significa hacerse cargo de los daños y realizar acciones para reparar el daño.

Por tanto puedo concretar su definición, como proceso en que la victima y su victimario, se comunican con la ayuda de un tercero imparcial de forma directa o indirecta, permite a la victima expresar sus necesidades o sentimientos y al victimario aceptar responsabilidades por su hecho.

D.– Mediación administrativa.

Medio de composición entre sujetos jurídicos privados y la administración pública. Pero para que sea posible este proceso, dado que al menos uno de los sujetos intervinientes es una administración pública, será necesario igualmente que la mediación esté vinculada al tráfico específico de la administración contratante.

E.– Mediación Hipotecaria.

Método de resolución para problemática en ejecuciones de hipoteca[537], en este caso las partes son: Entidad bancaria y deudor hipotecario.

---

537 En el caso de la C.A. Aragón, desde el año 2013, la DGA ostenta firmado convenio con el REICAZ, para la mediación en este tipo de conflictos en la provincia de

F.– Mediación concursal.

En este ámbito existe regulación específica, con la Ley de Apoyo a Emprendedores y su Internacionalización[538], en ella se hace expresa referencia a la mediación concursal.

En este caso, el mediador concursal, además de los requisitos concursales, ha de ostentar la condición de mediador común en los términos de la Ley 5/2012.

La mediación concursal, se considera como acuerdo extrajudicial de pagos: convenio entre deudor y una porción de acreedores, que se consigue en su caso con intervención de un mediador. Se expone la mediación como método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición. El tercero mediador no impone coactivamente la solución del conflicto, sino que se limita a aproximar las posiciones de las partes, siendo estas las que resuelven la controversia. Sujeta a un procedimiento.

Dicha ley hace referencia a los principios de la mediación como instrumentos, en relación con la anteriormente nombrada Ley 5/2012 considerando que con ello existirá reducción de costes temporales y económicos, así como los mentados principios de neutralidad, confidencialidad y flexibilidad.

Igualmente se exponen en la indicada LAE las posibles fases, que se determinan en: a) nombramiento: solicitud de designación de mediador; b) Comprobación y preparación de la propuesta: el mediador comprueba la existencia de créditos, y elabora un

Zaragoza. Asimismo el Ayuntamiento de Zaragoza, igualmente impulsa un programa de asesoramiento y mediación en deuda hipotecaria a través de la sociedad municipal «Zaragoza Vivienda». La iniciativa se enmarca en el convenio de colaboración que mantienen ambas instituciones desde 2009 en materia de vivienda y protección social.

538 Ley 14/2013 de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización. (LAE) Publicado en «*BOE*» núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, páginas 78787 a 78882 (96 págs.) Departamento: Jefatura del Estado; Referencia: *BOE*-A-2013-10074.

plan de pagos de provisional y plan de viabilidad. En tal caso deberá existir conformidad del deudor, y en su caso, los acreedores podrán presentar propuestas alternativas; c) aprobación: sometimiento a aprobación por los acreedores del plan de pagos y de viabilidad, la misma se decide en Junta de acreedores.

G.– Mediación electrónica.

La ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se refiere a esta mediación[539] a lo largo de su articulado, así en su art— 5.2. señala que: *las instituciones de mediación podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias*. Del mismo modo el art. 24 de dicha Ley indica en su primer apartado que *las partes en conflicto podrán acordar que, todas o algunas de las actuaciones de mediación se desarrollen cumpliendo ciertos requisitos, utilizando medios electrónicos*.

12.3. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como he indicado en la introducción se encuentra pendiente de tramitación El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia al que antes he hecho referencia, ya que desde hace años, se ha intentado desde el Ministerio de Justicia promover reformas, sobre todo en materia civil y mercantil, orientando la solución a través de la promoción de otros métodos distintos al juicio, que son los llamados MASC.

Dentro de estos procedería hablar de los ya indicados: Mediación, Conciliación y Arbitraje a lo cual me remito, pero

539 C. BOLDÓ RODA; M.M. ANDREU MARTÍ. En *La mediación en asuntos mercantiles*. *Op. cit*. M..M. ANDREU MARTÍ. expone: *la mediación electrónica como instrumento,* pág.145.

como novedad en este apartado (dado que los incluye el Anteproyecto) se debe añadir[540]:

A.– Derecho Colaborativo:

Con este término hablamos de «Derecho Colaborativo[541]» o «práctica colaborativa», que promueve la resolución negociada y consensuada de los conflictos manteniendo al margen a los tribunales. El proceso colaborativo se puede definir como un método voluntario de resolución de conflictos, alternativo a la vía judicial, a través de la negociación de las propias partes asesoradas por sus abogados contando con un equipo de profesionales; por lo que es una solución de resolución de conflictos interdisciplinar basada en la negociación[542].

El desarrollo de estas actividades de forma más extensa se está calificando en los últimos tiempos en Estados Unidos[543] como «práctica cooperativa o Derecho cooperativo». En sentido estricto sería la forma de resolución de conflictos que evita los tribunales. Las partes se comprometerían a intentar resolver el conflicto de forma colaborativa, trabajando conjuntamente con el contrario, negociando, acudiendo a mediación, e, incluso, cuando sea necesario, como puede ser en el ámbito del conflicto

---

540 Todo ello a esta fecha se hace constar en la pagina web de Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. En cuyo enlace MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS, relaciona todos los expuestos.: https://www.administraciondejusticia.gob.es/que-masc-existen (entrada a la pagina 28 diciembre 2023).

541 . Soleto Muñoz, Helena. *La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho*. Revista Abogacía Española 2012.

542 O'Callaghan Rodríguez, Carlota. Coord**:** Enrique Ortega Burgos, María Teresa Echevarría de Rada. *El nuevo paradigma en Derecho de Familia. El Derecho Colaborativo Derecho de familia 2021*. Tiratn lo Blanch 05/07/2021.

543 Esta línea de trabajo ha producido incluso su propia normativa marco en Estados Unidos, *Uniform Law Collaborative Act*, de 2009, por la Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad de Leyes Estatales, que ya ha sido adoptada por algunos Estados.

de familia, a otros profesionales como psicólogos, educadores o trabajadores sociales.

En síntesis, el Derecho Colaborativo supone un nuevo paradigma en el ejercicio del Derecho, donde prima la cooperación entre las partes en aras a la búsqueda consensuada de una solución integral del conflicto que satisfaga los intereses y verdaderas necesidades de las partes, reservando la vía judicial para otorgar eficacia al acuerdo, o bien, para cuando el procedimiento colaborativo no sea adecuado o no se haya conseguido un resultado positivo en éste.

Si tenemos que indicar ventajas del procedimiento colaborativo pueden ser las siguientes: procedimiento constructivo y no destructivo de su relación; recuperar la responsabilidad sobre la gestión de su conflicto; retener el control de la forma de resolución de su conflicto, reduciendo la incertidumbre; adecuar el acuerdo a las necesidades de cada parte; tramitar el procedimiento Colaborativo en un entorno seguro y agradable; confidencialidad sobre la existencia del proceso y sus resultados; evitar conflictos futuros o bien reducirlos al establecerse bases sólidas en la resolución del conflicto.

En concreto y para casos de familia: las partes deciden si sus hijos van a participar en el procedimiento y el grado y la manera de su implicación. En este caso, la participación de los hijos se desarrollaría en un entorno positivo y agradable escogido y preparado al efecto; las partes evitarían las desventajas del proceso: entre otros, destrucción de relaciones, angustia por los efectos del proceso en los hijos, estrés por la incertidumbre en cuanto al resultado del proceso, incomodidad por acudir a entornos no agradables.

Así por tanto, el proceso colaborativo pretende la resolución de conflictos adaptados a las necesidades particulares de cada caso en concreto, a fin de conseguir un resultado extrajudicial, y

por tanto no responde a pautas estrictas y rígidas, ya que cada caso es único, cada pareja, cada familia, cada hijo, por lo que se adaptará a sus tiempos y a sus prioridades específicas, esto es, la nota de la flexibilidad preside todo el proceso. Además, el hecho de iniciar o no este proceso es decisión de las partes.

El proceso colaborativo de familia destaca lo particular de este ámbito, y por ello en muchos foros al respecto se trabaja para que esa especialización dentro del campo del derecho sea una realidad, donde todos los profesionales implicados tengan una formación específica y adecuada. Y ello porque estamos tratando el tema de la familia, que es fundamento de la sociedad y, sobre todo cuando existen hijos, la pareja puede romperse, pero la familia permanece.

B.– Oferta Vinculante confidencial.

Conforme a este método, una de las partes puede formular una oferta vinculante a la otra con ánimo de poner fin a un conflicto. Si esta la acepta, la parte que hizo la propuesta está obligada a cumplirla[544].

Esta medida se recoge en el artículo 14 del Anteproyecto, donde se establece que cualquier persona que, con ánimo de solucionar una controversia, formule una oferta vinculante confidencial a la contraparte, queda obligada a cumplir con la obligación asumida, siempre y cuando la contraparte acepte la misma. La remisión y/o aceptación de esta oferta a la contraparte, tendrá que dar constancia de la identidad del oferente, de la recepción efectiva, de la fecha de la recepción, así como de su contenido. Asi por tanto la oferta vinculante confidencial hará

544 Serrano Perez, Miguel Angel. coord. por Rosa Pérez Martell; Antonio María Lorca Navarrete (pr.), Jesús María González García (pr.), *La oferta vinculante confidencial y su configuración como un MASC*. 2021, ISBN 978-84-19045-24-9, págs. 73-123

referencia a cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente[545].

C.– Opinión de Persona Experta Independiente.

Las partes designan de común acuerdo a una persona experta en la materia sobre la que tienen el conflicto para que emita un informe independiente de carácter técnico[546]. Estamos por tanto ante mecanismos o métodos de negociación previa. Si las partes están conformes con el contenido del informe, llegarán a un acuerdo basado en su contenido y el conflicto se termina. En caso contrario, cualquiera de ellas puede acudir a los juzgados y tribunales[547].

Así en concreto en el artículo 13 del Anteproyecto de Ley se establece que las partes con el objeto de resolver cualquier controversia, pueden designar de mutuo acuerdo un experto independiente para emitir una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de la controversia., y el artículo 15 establece que la controversia podrá ser sometida por las partes de mutuo acuerdo a un experto independiente, antes de iniciar cualquier proceso judicial o incluso durante la tramitación del mismo.

Tendrá que ser encargada por ambas partes de mutuo acuerdo, la obligación que se establece para las partes es entregar

---

545 Diaz Fraile, Juan María. *Mediación Civil y Mercantil* 08.11.2022 Edit Tiran lo Blanc. ISBN-108411306879.

546 Estancona Perez, Araya Alicia; Coord: Dir. Mar Aranda Jurado; *La práctica de mediación intrajudicial en el ordenamiento jurídico español;* Edit Tirant lo Blanch 23/10/2023.

547 Falero de Rato, Alejandro; Coord. Perez Martell, Rosa, Lorca Navarrete Antonio María, Gonzalez Garcia, Jesús María. ISBN 978-84-19045-24-9. Págs. 181-204. *La opinión del experto independiente en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal*. Edit. J.M Bosch 2021.

al experto independiente toda la información y pruebas de las que dispongan sobre el objeto controvertido, con el fin de que el experto independiente emita el correspondiente dictamen. Este dictamen puede versar sobre cualquier cuestión jurídica o cualquier aspecto técnico relacionado con la capacidad profesional del experto independiente.

Se añade que el dictamen tiene el carácter confidencial que se establece en el artículo 6 del Anteproyecto, es decir, existe una obligación confidencial que se extiende no solo a las partes intervinientes, sino también al tercero neutral que intervenga, quedando el experto independiente obligado a mantener el secreto profesional. Con todo ello, no podrá el tercero neutral revelar la información que hubiera podido conocer debido al proceso de negociación.

Una vez que el experto independiente emita un dictamen, será el momento donde las partes decidan si aceptan o no las conclusiones establecidas por el tercero neutral: A. Si las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, se tendrá que formalizar el acuerdo conforme a los términos establecidos por el Anteproyecto. Es decir, en el acuerdo tendrá que constar la identidad, el domicilio de las partes y la identidad del experto independiente, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones de cada parte y establecer que se ha seguido un procedimiento de negociación previsto en la presente ley. El experto independiente entregará una copia a cada una de las partes y conservará un ejemplar. El acuerdo podrá versar sobre parte o totalidad de las materias sometidas a la opinión del experto independiente, sin embargo, el acuerdo tendrá efectos de cosa juzgada y para que tenga valor de título ejecutivo tendrá que ser elevado a escritura pública o ser homologado judicialmente. B.– Si por el contrario, una de las partes o ambas partes no aceptan las conclusiones establecidas por el experto independiente en el

dictamen emitido, es el experto independiente quien tendrá que extender a cada una de las partes intervinientes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo con el objetivo de dar por cumplido el requisito de procedibilidad exigido en el presente Anteproyecto.

XIII. MEDIACIÓN FAMILIAR. UNA SOLUCIÓN A LA CONFLICTIVIDAD EN LA RUPTURA DE PAREJA

13.1. MEDIACIÓN FAMILIAR

Tras la exposición general anterior, y dado que es la mediación la que en este momento se encuentra regulada, me centraré en esta posibilidad, indicando las opciones.

En general, esta mediación tiene como objeto principal lograr acuerdos respecto de los hijos (guarda y derecho de visita), aunque también puede utilizarse para dirimir controversias puramente patrimoniales, ya que en todos los indicados conflictos está presente un elemento[548] referido a la continuidad de las relaciones entre los miembros que constituyen la familia. No obstante, comienzo por reiterar qué es la mediación en concreto[549]. La definición del término probablemente coincide con su significado gramatical. Para nuestra Real Academia de la Lengua, «mediación» es la «acción y efecto de mediar», verbo que tiene como una de sus acepciones la de «*interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad*. Aunque no haya una definición única, podemos determinarla como: aquella intervención de un equipo multiprofesional repre-

548 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Op. cit.*, pág. 1444.

549 J.M. HAYNES. *Op. cit.*, pág. 43.

sentado en la persona del o de los mediadoras/es, no vinculado a las partes de un conflicto familiar de separación o divorcio, matrimonial o no, que lo hace en un principio a solicitud de cualquiera de ellas o de ambas, con el objetivo de promover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución del conflicto familiar originado por la cesación de la vida marital[550]. También determina parte de la doctrina que el objeto de la mediación es elaborar un proceso[551], previa aceptación de las partes en el que éstas puedan manejar el conflicto y estudiar las distintas opciones que tienen para resolverlo.

La mediación familiar tiene como finalidad[552] «*evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos*». Se alude expresamente a «negociación» en el que una tercera persona («tercera parte imparcial, neutral y profesional») ayuda («orienta, asesora auxilia») a resolver la crisis familiar esto es tercera parte imparcial, neutral y profesional que orienta asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin» al conflicto familiar.

Se puede considerar en definitiva como un instrumento que sirve para rebajar la intensidad de los conflictos familiares[553], coadyuvando con la administración de justicia en este tipo de contiendas[554].

---

550 I. TENA PIAZUELO. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor D. Luis Diez-Picazo… Op. cit.*, pág. 4. Referencia a D.J. BUSTELO ELICABE-URRIOL, D.J. *La medición familiar interdisciplinar*.

551 T. BERNAL SAMPER. *Op. cit.*, pág. 58.

552 N. DENTICI VELASCO; A.M. LORCA NAVARRETE. *La nueva Ley de Divorcio 2005… Op. cit.*, pág. 130.

553 R. GUTIÉRREZ SANZ. *Actas Foro de Derecho Aragonés… Op. cit.*, pág. 43.

554 R. GUTIÉRREZ SANZ; A. BONET NAVARRO. «La mediación familiar y su reflejo en la ley 9-2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón». Zaragoza, 2012. Edit. Justicia de Aragón, pág. 70.

Mediante la negociación, que implica la mediación familiar, se resuelve la situación de crisis familiar a través de una solución mutuamente aceptada y estructurada con la finalidad de ayudar a mantener la continuidad de las relaciones de las personas afectadas por la situación de crisis familiar. Lo que caracteriza este sistema es el modo de afrontar la resolución de la crisis familiar.

Los participantes en esta mediación, deben negociar una solución con el fin de resolver la situación de crisis familiar, se procura que los cónyuges renuncien a la victoria en el proceso matrimonial y racionalicen las reglas de sus relaciones futuras, sobre todo en lo que tiene que ver con sus hijos[555]. Por tanto, la habilidad con que se resuelva la crisis se integra o forma parte de la negociación por cuanto la solución de situaciones de crisis familiares que afectan a más de una persona deberá satisfacer a todos los que participan o se encuentran afectados por esa situación de problemática familiar. Los afectados deben negociar la solución o combinación de soluciones que para ellos resulte más aceptable. El mediador, debe tener estudios específicos (en general en actuaciones psico-socio-familiares), actuará en «*funciones de cooperación y auxilio*» de personas que tienen o han tenido una relación familiar, «*para ofrecerles una solución pactada*» a su problemática matrimonial o de pareja.

La mediación familiar ha de consistir, por tanto, en organizar la capacidad de gestionar la resolución de la problemáticade otras personas por lo que el mediador familiar es quien ha de guiar o conducir esa capacidad de gestión y quien ha de organizar las discusiones sobre las situaciones de crisis familiar que se han de resolver mediante una actividad coherente, organizada y no compleja para las partes en orden a que lleguen a alcanzar

555 P.ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Pamplona, 2006. Edit. Thomson Civitas, pág. 11.

soluciones aceptables para ellas. En concreto, tiene como finalidad el «asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes» en crisis familiar en orden a regular, de común acuerdo, los efectos de la misma. Con ese fin el mediador ha de orientar su actividad a «aproximar los criterios de cada parte» en crisis, «en orden a obtener acuerdos».

En la misma confluyen, por tanto, conjuntamente con todos los aspectos genéricos y comunes a todas las actividades de gestión de situaciones de crisis[556], los específicos que se aplican al ámbito de la dificultad familiar. En ocasiones no todos los que se hallan afectados por esta mediación están de acuerdo en el hecho mismo de la existencia objetiva de una situación de problemática.

Las pretensiones informales de negociar un acuerdo quiebran si existe alguna de las partes que cuestiona el hecho mismo de la existencia objetiva de la situación de crisis familiar. Cuando esto sucede a la parte que no comparte ese mismo estado de opinión, sólo le queda una elección: hacer del desacuerdo informal un proceso judicial o una predisposición a acudir a un arbitraje. En definitiva, esta mediación se justifica en el principio de voluntariedad. Surge entonces la misma como instituto elegido por las partes para hacer frente a la situación objetiva de crisis familiar como medio hetero-compositivo alternativo con el fin de resolver dicha situación. Este sistema[557] es un ámbito de actuación alternativo tanto a la acción legal de jueces y tribunales como a otra formas de asistencia terapéutica o social en el que una tercera persona imparcial, cualificada y con una formación especial, llamada mediador, actúa con el fin de facilitar la resolución de la

556 L. PARKINSON. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas.* Barcelona. 2005. Edit. Gedisa, pág. 81.

557 M.C. BOQUE TORREMOREL. *Tiempo de Mediación*. Madrid, 2005. Edit CEAC 2005, pág. 41.

situación de crisis familiar existente entre dos personas. Reitero como la mediación familiar es un método de resolución de conflictos «para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance», por lo que se considera ello como una ventaja[558] de este proceso. También «podrá utilizarse tanto con carácter previo a la iniciación de procedimientos judiciales como para hallar salida a procedimientos judiciales en curso[559]. Todas las referencias, contenidas en las disposiciones (autonómicas que posteriormente expondremos) que regulan la mediación familiar, relativas a que la misma pueda conceptuarse como un «proceso extrajudicial alternativo», no deben llevar a la confusión de ubicarla en un contexto en el que se alcanzan soluciones propias de la «judicialización» de la crisis familiar que tiene lugar únicamente ante los órganos jurisdiccionales por cuanto lo acordado en la negociación de la mediación familiar no posee efecto vinculante alguno extrarradio de la misma ni tampoco puede suscitar la creencia de que, a través de ella, se elimina o se suprime el «proceso judicial».

La elección de este medio, como instituto alternativo para resolver una situación objetiva de crisis familiar, se justifica en los mismos criterios que permiten optar también en favor del arbitraje. En efecto, la mediación no se ubica en la confrontación institucionalizada, sino más bien en la flexibilidad[560]. En muchas ocasiones las personas que se hallan en una situación objetiva de

---

558 C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. Madrid, 2008. Edit Thomson. Aranzadi, pág. 28.

559 E. PASTOR SELLER; E. IGLESIAS ORTUÑO. «La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar» *Rev. Entramado*. Nº 1. Vol. 7. 2011, pág. 79.

560 H. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA (Direc.). *Mediación Familiar. Tomo III.* Madrid, 2009. Edit. Dykinson, pág.34.

este tipo de probelmática no son realmente adversarias y aún cuando lo sean no siempre poseen una inclinación natural a serlo. Sobre todo si comprenden la importancia de mantener abierto el dialogo entre ellas. La necesidad de mantener la «aproximación» aún cuando exista una situación objetiva de crisis familiar permite optar voluntariamente por la mediación.

Además, este sistema tiene lugar en un ambiente esencialmente privado. Debe aludirse a la confidencialidad ya que «en la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renuncian a proponer a la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también dicho profesional debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos». Además, «las actas que se elaboran a lo largo del proceso de mediación tienen carácter reservado». Dicho sistema[561] se ha de desarrollar conforme a los principios de «confidencialidad y secreto»[562]; Todas las actuaciones derivadas del procedimiento de mediación familiar deben estar presididas por este principio, en el sentido de que el mediador familiar actuante no podrá desvelar ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, ni aún después cuando finalice la misma».

En cuanto a la relación con el proceso judicial, y en su caso con la Justicia Gratuita[563], la prestación del servicio de mediación

561 M. GARCÍA TOMÉ. «La mediación familiar y su práctica profesional» *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº 25. 2002, pág. 95.

562 H. J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit.*, pág. 24.

563 Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita**.** Madrid, 11 de enero de 2013. Ministerio de Justicia.

podrá gratuita para todas aquéllas personas que reúnan, o puedan reunir la condición de beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, que, en base a los criterios establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. En otro caso, el importe del servicio habrá de ser abonado por los interesados. Y se añade que «cuando el beneficio interese a uno sólo de los miembros de la pareja el otro no tendrá que abonar más que la mitad del coste de la actividad de mediación».

Ante la crisis conyugal, el Derecho puede ofrecer aspectos jurídicos[564] y fórmulas desvinculatorias, puede intentar restablecer la paz social, puede atender y declarar justas unas pretensiones, etc., pero se considera imposible que pueda restablecer la paz afectiva y familiar al margen de la voluntad de los cónyuges. La habilidad para hacer frente constructivamente a los conflictos interpersonales y negociación[565], puede determinar que la familia permanezca al menos en cooperación, en lugar de transformar la situación en un enfrentamiento. En esta habilidad[566] se utiliza como herramienta el lenguaje y técnicas de comunicación. En consecuencia, conviene explorar la posibilidad de recurrir a otras fórmulas de resolución de conflictos como medio para la mejor solución a las disputas matrimoniales y familiares. Por tanto debemos centrarnos en la fórmula que resulte más idónea para transformar el enfrentamiento en cooperación.

Como anteriormente he indicado, en este sentido, el problema no es el conflicto, sino qué respuesta le damos. Existe una amplia variedad de procedimientos de resolución de conflictos cuando las personas involucradas en una disputa necesitan

564 E. SOUTO GALVAN. *Mediación Familiar*. Madrid, 2012. Edit. Dykinson, pág. 125.

565 L. MUNDUATE JACA; F.J MEDINA DÍAZ. *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid, 2011. Edit. Pirámide, pág. 229.

566 L. PARKINSON. *Mediación Familiar…Op. cit.*, pág. 115.

ayuda y quieren, de verdad, recibirla. En este estudio, subrayo la mediación, pero es importante recordar que existen otras alternativas que ofrecen más o menos control sobre el proceso de resolución de conflictos y sus resultados. La gama de alternativas varía desde la sentencia de un juez o el laudo de un árbitro, hasta la más completa auto-dirección, pasando por la negociación, la conciliación o la mediación como he indicado anteriormente.

Parece que, como he indicado, el mejor procedimiento para resolver un conflicto familiar es aquel en el que las partes tratan de vencer el problema, más que a la otra parte, alcanzando acuerdos que sean prácticos[567]. Es aquí donde, por ejemplo, la mediación comienza a dar sus mejores respuestas, contando por tanto con expectativa de eficacia[568], porque es un procedimiento en el cual los participantes con la asistencia de una tercera persona (neutral), aíslan las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que sea mutuamente aceptable. Lo cual exige que las partes actúen con lealtad y responsabilidad y asuman voluntariamente el deseo de reformar reconstruir y alterar el curso natural del conflicto que les distancia. Partiendo sólo de la confrontación es probable que la búsqueda de soluciones se convierta en una tensa competencia de voluntades, en la necesidad de aferrarse a sus posiciones u opiniones, insistiendo que éstas y no otras son las únicas correctas o aceptables para ella. Un proceso así, más que facilitar la relación entre las partes puede dañarla. En sede de conflictos matrimoniales (y familiares)[569], lo que importa

567 C.SÁENZ RODRÍGUEZ. *La Mediación Familiar. La Mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación.* Pamplona, 2008. Edit. Thomson Aranzadi, pág. 21.

568 H. BOUCHE PERIS; HIDALGO MENA. *Op. cit.*, pág. 36.

569 M.P. GARCÍA-LONGORIA y SERRANO; A. SÁNCHEZ URIOS. «La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares». *Rev. de trabajo Social*. Nº 10. Vol. 4, Málaga. 2004, pág. 261.

es, sin duda, resolver el problema inmediato de las personas, pero no impidiendo jamás la posibilidad de mantener un marco pacífico de relaciones futuras entre los que hoy se nos presentan como partes enfrentadas. No debe olvidarse el hecho de que en los litigios familiares se hallan siempre implicadas personas que, por definición, están llamadas a mantener relaciones interdependientes que continuarán en el tiempo, sobre todo si hay hijos. En la mediación se parte de la existencia de un conflicto o problema y se busca una forma de resolverlo que no se base en el enfrentamiento.

El primer problema, cuando nos enfrentamos al proceso de mediación, es de sustancia: nuestro objetivo es lograr algún resultado, el convenio o acuerdo entre las partes que ayude a resolver el conflicto que las separa. *El segundo* problema es de procedimiento: nuestro objetivo es hacer frente al conflicto de una manera eficiente, pacíficamente y a un mínimo coste personal.

Lo que se pretende es dar una solución, al conflicto[570], determinando el mismo. Incluso se procede a dar definición a la medicación indicando que es una manera o forma de gestionar o resolver un conflicto[571]. Lo que significa que, en lo inmediato, determinadas soluciones han resultado aceptables para las partes. Esto es, ha sido posible alcanzar alguno o algunos de los objetivos propuestos. Cuando hablamos, pues, de resolución de conflictos en el ámbito de la mediación familiar nos situamos en una perspectiva a corto plazo y localizada, en la cual el conflicto se define por unas metas precisas que cada parte trata de alcanzar. La mediación es sólo un momento del conflicto, aquel en el cual las voluntades de las partes se tornan más conciliadoras, en

570 R. DE DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. *Op. cit.*, pág. 33.

571 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1447.

el que se desemboca en una posibilidad de acuerdo. El objetivo fundamental de la mediación familiar es ofrecer un cauce para que las partes elaboren por sí mismo las bases de un acuerdo duradero y mutuamente aceptado de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales, teniendo en cuenta las necesidades de cada uno de los miembros de la familia y, de forma especial, el interés de los hijos[572].

Diferente forma de concretar este objetivo fundamental por otra parte de la doctrina es indicando que dicho objetivo no es llegar a un acuerdo, sino brindar un proceso en el que las partes pueden educarse a sí mismas con respecto al conflicto, e indagar las distintas opciones que tienen para resolverlo. El llegar a un acuerdo durante el desarrollo del proceso es obviamente positivo pero tanto el mediador como las partes en conflicto deben considerar que la decisión de no llegar a un acuerdo es una conclusión igualmente válida del proceso[573]. Se trata no tanto de lograr un acuerdo cuanto de lograr la colaboración de las partes a través de un acuerdo, porque es un procedimiento en el cual los participantes, con la asistencia de una tercera persona (neutral), aíslan las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que sea mutuamente aceptable. Lo cual exige que las partes actúen con lealtad y responsabilidad y asuman voluntariamente el deseo de reformar, reconstruir y alterar el curso natural del conflicto que les distancia. Lo que, entre otras cuestiones, posibilita la reconciliación.

El espíritu de cooperación[574], de comunicación, de consenso, etc., que exige necesariamente el proceso de mediación puede

572 J. ESCRIVÁ-IVARS *Matrimonio y mediación familiar… Op. cit.*, pág. 119.

573 T. BERNAL SAMPER. *Op. cit.*, pág. 53.

574 J.M. HAYNES, JOHN M. *Fundamentos de la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 7.4.

ser, sin duda, un aprendizaje para el futuro de la familia que se reorganiza a partir de un conflicto. Por eso, cuanto mayor sea el grado de acuerdo entre los cónyuges mayor será la satisfacción de las partes y menor la probabilidad de que en el futuro emerjan nuevos conflictos familiares o conyugales. De acuerdo con dicho hasta ahora, el proceso de mediación tiene una finalidad concreta; es una situación profesional planteada más que una conversación. Es un proceso complejo, interactivo, que envuelve muchos aspectos, debiendo por tanto formular los objetivos a los que se quiere llegar.

Desde la perspectiva del trabajo y responsabilidad profesional[575] del Mediador, podemos señalar como objetivos y finalidad de este proceso en síntesis los siguientes[576]:

— Restablecer y /o mejorar la comunicación entre las partes.

— Reducir los conflictos.

— Identificar, objetivar y esclarecer los puntos específicos del litigio.

— Dar lugar a acuerdos amistosos.

— Asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres y los hijos.

— Reducir el desgaste emocional y los costos económicos y sociales de los procesos de separación y divorcio.

— Reducir el tiempo necesario para regular la solución al conflicto.

Al cumplimiento de estos fines, debe encaminarse la acción del mediador. De ello deben ser informados adecuadamente

575 F. ROMERO NAVARRO. «La formación en mediación familiar en las universidades públicas y privadas de España». *Rev. de trabajo social*. Nº 2. Vol. 11. 2011, pág. 91.

576 J. ESCRIVÁ-IVARS. *Op. cit.*, pág. 138.

las partes de la negociación, pues la consecución de los mismos marcará la dinámica del trabajo a realizar. La disposición y colaboración de los clientes serán, como es obvio, imprescindibles. Cuanto mejor informados estén, mejor y mayor será su colaboración en el proceso.

En definitiva, se considera esta vía como una alternativa[577] en la solución de conflictos, ya que los enfrentamientos entre la pareja producen daños a ambas partes y un deterioro en la propia relación así como problemas con los hijos.

13.2. REFERENCIA SOBRE POSIBLES INDICACIONES Y CONTRAINDICACIONES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La filosofía que rige la mediación[578] resulta tan atrayente que puede dar lugar a una visión excesivamente optimista de la misma, llegando al error de creer que la mediación es la alternativa por excelencia para la resolución de todos los problemas o conflictos familiares. Y aunque ese sería el fin a perseguir, no se debe perder el contacto con la realidad[579].

La aplicación de una técnica, como es en este caso la mediación, prescindiendo de los determinantes del contexto en el cual se aplica, es una actitud irreflexiva, cuando no temeraria. Por muy importante que sea el protagonismo de las partes en la resolución del conflicto, no se puede aplicar este principio indiscriminadamente sin correr el riesgo de incrementar la frustración de las partes e, incluso, de generar una imagen negativa que

577 T. BERNAL SAMPER. *Op. cit.*, pág. 51.

578 R. DE DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN. *Op. cit*., pág. 19.

579 A.M. VALL RIUS. «La mediación: realidad y retos de futuro» *Rev. Diario La Ley*. Nº 6954. 2008.

dificultará la aplicación de dicho método en los casos en que sí sea apropiado.

La mediación, como cualquier otra técnica, tiene sus limitaciones esencialmente porque trabaja partiendo de la libre voluntad de las personas implicadas en el conflicto, y allí donde la voluntad esté mediatizada o matizada por alguna circunstancia, la mediación estará contraindicada.

En este sentido, por ejemplo, este sistema no parece la solución más aconsejable para aquellos casos en los que alguna de las partes no ejerza el control de su voluntad y, por tanto, sean incapaces de asumir y cumplir compromisos adquiridos o, incluso, de adquirir compromiso alguno. No parece prudente iniciar un proceso de mediación si se tiene la certeza de que uno o ambos esposos padecen comportamientos disfuncionales tales como el alcoholismo, drogadicción, etc. Tampoco resulta aconsejable la mediación en aquellos supuestos en los que uno de las partes, o los hijos, sean objeto de violencia familiar[580], porque las decisiones estarán inevitablemente condicionadas por el desequilibrio de poder que existe entre las partes, llegando a influir en los acuerdos el temor al otro, con el consiguiente riesgo incluso peligro[581] para los miembros de la unidad familiar víctimas de la violencia y el incremento de la probabilidad del incumplimiento de los acuerdos. La responsabilidad del mediador exige en estos casos tomar las precauciones necesarias para garantizar en todo momento la seguridad del sujeto que ha sido objeto de agresión durante la convivencia. Partiendo de estas premisas, es evidente que la mediación o su contraindicación requieren un trabajo pre-

580 En nuestro ordenamiento jurídico, no existe la posibilidad de mediación en los supuestos de existencia de violencia de genero, por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

581 L. PARKINSON. *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y…Op. cit.*, pág. 96.

liminar al inicio[582] del proceso, que verifique la pertinencia y viabilidad de la misma.

El mediador debe asegurarse sobre la voluntad con que acuden las partes en conflicto, la aceptación y la firmeza de su decisión sobre la ruptura conyugal y que ambos aceptan, aprueban y respetan las reglas de la mediación familiar. Todo lo cual deberá quedar reflejado en un compromiso de intervención suscrito por el profesional y las partes, y, en su caso, también por sus representantes legales.

13.3. REFERENCIA AL PROCESO DE MEDIACIÓN

En consecuencia, en este apartado procedo a tratar el proceso de mediación familiar en sí mismo[583].

Considero que la dinámica y desarrollo de cada proceso de mediación es, en cierto modo, singular. Depende en gran medida del modo de ser de las personas del mediador y de los participantes; de sus actitudes y disposiciones, de su personalidad y del dominio de los procedimientos y recursos técnicos que se utilicen en la mediación; así como de las circunstancias que rodean la situación (materiales, de tiempo, etc.). Todo ello facilita o dificulta el grado de comunicación profesional logrado entre el mediador y sus clientes y la consecución de los objetivos propuestos.

Dentro de la singularidad propia de cada proceso[584] de mediación cabe, sin embargo, distinguir conceptualmente tres

---

582 M.C. BOQUÉ TORREMOREL. *Tiempo de Mediación…Op. cit.*, pág. 41.

583 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. (Direc.) *Mediación Familiar… Op. cit.*, pág. 34.

584 R. BARRADA ORELLANA, Reyes. «El proceso de mediación familiar, según la ley catalana 1/2001 de 15 de marzo. Perspectivas del derecho de familia en el Siglo

fases fundamentales, cada una de ellas compuesta de diversos momentos. En la práctica, esos momentos pueden solaparse unos con otros, darse con mayor o menor rapidez, o en lapsos de tiempo muy diferentes: según la personalidad de los participantes y el tipo de problema objeto de atención profesional; según la habilidad y experiencia del mediador en conducir el proceso de la mediación con mayor o menor rapidez; según la relación establecida antes de iniciar el proceso de mediación, etc.

En reducida síntesis podemos decir que el proceso de mediación[585] se desarrolla a lo largo de una serie de sesiones individuales y /o conjuntas, limitadas en su número y en el tiempo, con tres etapas diferenciadas, a las que podemos denominar convencionalmente: la fase preliminar; y la fase de negociación: el establecimiento de acuerdos y compromisos, y la fase de redacción y firma del acuerdo final de la mediación.

Pero este esquema quedaría incompleto si no hiciésemos también referencia, por una parte a la ejecución del acuerdo, que, aunque no forma parte estrictamente del proceso de mediación, si trae de él su causa; y por otra parte, al seguimiento y renegociación de los acuerdos.

13.3.1. Características

El proceso de medición viene definido básicamente por tres características[586]; se trata de un procedimiento estructurado, flexible e informal las cuales a continuación expongo.

XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia». C. LASARTE ÁLVAREZ; A. DONADO VARA, M.F. MORETÓN SANZ, F. YÁNEZ VIVERO (Coord.). *Instituto para el desarrollo y análisis del Derecho de Familia en España.* Nº 13. 2004, pág. 2.

585 R. DE DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN. *Op. cit.*, pág. 173.

586 H.J.BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit.*, pág. 36.

a) Estructurado

Característica del procedimiento de mediación que permite definirlo como un mecanismo que va avanzando paulatinamente hacia su conclusión en forma planificada, aunque ello no debe entenderse necesariamente como una exacta determinación de etapas.

b) Flexible

Característica del proceso de mediación que permite que el mismo se desarrolle sin sujetarse a pautas demasiado rígidas. Ello no significa que no exista un procedimiento para el desarrollo del proceso y reglas mínimas que deban forzosamente respetarse. Desde este punto de vista la mediación puede ser formal, menos formal o informal. Aunque el esquema sea formal de ninguna manera debe crearse un clima similar al de un tribunal de justicia.

c) Informal

Característica del proceso de mediación que alude a la inexistencia de un procedimiento rígido y formal, siempre que se respeten los rasgos fundamentales de voluntariedad y confidencialidad. Sin embargo, la informalidad no debe ser entendida como desorden sino simplemente como cierta elasticidad para adaptarse a las circunstancias del caso, respetando las normas mínimas que rigen el proceso de mediación.

13.3.2. Inicio y duración del proceso

La mediación podrá iniciarse[587] a petición de ambos cónyuges o a instancia de una de las partes con la aceptación posterior de la otra, bien actúen a iniciativa propia o bien a propuesta de

587 J.M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 43.

la autoridad judicial. El tiempo de duración de la mediación será el que sea necesario en atención al número y a la complejidad de las cuestiones conflictivas planteadas por las partes.

En general, según parte de la doctrina[588], no debería exceder de tres meses, a contar desde la fecha de la reunión inicial, salvo que se proponga y justifique por las partes en conflicto y la persona mediadora la necesidad de una prórroga de este plazo, la cual no sería conveniente que exceda de otros tres meses. Estos son, en términos generales, los plazos previstos en la mediación familiar; y también la duración máxima que aconseja la experiencia en la práctica de la mediación.

La persona mediadora, será designada de común acuerdo por las partes o por la entidad mediadora a la que se le solícita la mediación, en cuyo caso deberá ser aceptada por las partes. Considera parte de la doctrina que no hay un criterio único a la hora de diseñar el contenido del proceso de mediación, ni las fases en las que idealmente debe desarrollarse. Caben a este respecto tantos modelos personales de mediación como profesionales que la llevan a cabo[589].

En determinados estudios[590] se indica que la mediación familiar comprende una negociación en la que se ubican una serie de etapas como son: admisión de la situación de crisis familiar; elección del ámbito de actuación; selección del mediador; recogida de datos; definición de la situación de crisis familia, creación de opciones; redefinición de las posiciones; el acuerdo y, en fin, la redacción del acuerdo.

---

588 J. ESCRIVÁ-IVARS. *Op. cit.*, pág. 135.

589 I. TENA PIAZUELO**.** *Primeros pasos legislativos de la Mediación familiar en España… Op. cit.*, pág. 221.

590 N.M. DENTICI VELASCO; A.M. LORCA NAVARRETE. *La nueva Ley de Divorcio 2005. Especial referencia a la Mediación. Op. cit.*, pág. 150.

Así por tanto, la admisión de la situación de crisis familiar es la primera etapa de la negociación que comprende la mediación familiar. Sólo tiene lugar cuando las partes afectadas por ella admiten que existe una situación de crisis familiar. A partir de esa constatación de justificación objetiva consistente en que, efectivamente, existe una situación de crisis familiar las partes asumen su disposición a solucionarla para lo cual participan activamente en las actuaciones encaminadas a recomponerla. Una vez que las partes han admitido una situación objetiva de crisis familiar y acuerdan acerca de la necesidad de resolver sus problemas, deben proceder a resolverlos por lo que es preciso que decidan cuales son los métodos más apropiados.

Surge entonces, la siguiente etapa de la negociación que comprende la mediación familiar consistente en la elección del ámbito de actuación. En tal sentido, deben elegir un ámbito de actuación en el que proceder a hacer frente a la situación objetiva de crisis familiar; o lo que es lo mismo un contexto y un lugar adecuado que influya en la organización y resolución de sus problemas a través del instituto de la mediación.

Comprometida la elección del ámbito de actuación se procede a la selección del mediador, comenzando por tanto la tercera etapa de dicho proceso. Son muy diversos los criterios que pueden utilizarse para que finalmente se proceda a elegir un buen mediador. En general se puede acudir al objeto concreto sobre lo que se desea mediar y en función de él elegir al mediador. Teniendo en cuenta el rol[591] del mediador, se puede acudir a su reputación o a la circunstancia consistente en que otros profesionales confían sus propios casos a ese mediador en cuestión.

Una vez que se ha procedido a la selección del mediador éste dará comienzo a la negociación recogiendo datos o reco-

591 M.C. BOQUÉ TORREMOREL. *Tiempo de Mediación… Op. cit.,* pág. 30.

gida de información[592] (es la cuarta etapa de la negociación que comprende la mediación familiar) sobre la naturaleza de la situación objetiva de crisis familiar; sobre la visión que ambas partes tienen de la misma y sobre cualquiera otra información importante. El mediador a de asegurarse que todo tipo de información se transmita, sin ningún tipo de reserva, a cada una de las partes. Las informaciones se intercambian, se verifican y se comparten. Este paso de recogida de datos ayuda a las partes a clarificar las cuestiones afectadas por la situación objetiva de crisis familiar y a comprender la posición de cada uno sobre las diversas cuestiones aún cuando con anterioridad lo normal es que la parte se concentre en la formulación de sus propias argumentaciones antes que en la comprensión de las exigencias del contrario u opuesto. Escuchar la versión del opuesto y todas las informaciones a las que ha tenido acceso ayuda a valorar la propia posición de un modo más real. Cuando el mediador hace uso de esta metodología, con el fin de asegurarse de que todas las informaciones sean compartidas, refuerza la posición de las partes afectadas por la situación objetiva de crisis familiar que poseen menos información; se asegura que todas las partes hagan un uso igualitario de las mismas informaciones en orden a definirla y se mejora la capacidad de todas las partes afectadas con el fin de que elijan las soluciones mas provechosas. Usando las informaciones compartidas por las partes, el mediador les ayuda a definir la situación objetiva de crisis familiar.

Surge, de este modo la etapa de la negociación que comprende la mediación familiar consistente en la definición de la situación de crisis familiar. No obstante, es preciso definirla en modo tal que no se beneficie de ello tan sólo una de las partes. En toda disputa es fundamental el control del concepto de la

592 C. SAÉNZ RODRÍGUEZ. *La Mediación Familiar. … Op. cit.*, pág. 33.

situación objetiva de la crisis familiar[593]. Con ese fin todas las partes desean definirla en modo tal que con esa definición disminuyan su propia responsabilidad sobre el problema planteado. El mediador no puede, entonces, dejar que las discusiones se focalicen sobre la resolución definida unilateralmente porque de ese modo se estaría otorgando ventaja a la parte que ha fijado la definición de la situación objetiva de crisis familiar. El mediador ayuda a las partes a negociar una definición conjunta de la misma que no otorgue ventajas a uno sobre el otro.

Cuando todas las personas afectadas por la situación objetiva de crisis familiar[594] están de acuerdo sobre la definición del problema, el mediador les ayuda a elaborar soluciones alternativas en orden a resolver el problema como tal. Es la denominada creación de opciones que es la sexta fase de la negociación que comprende la mediación familiar. En la mediación familiar las opciones tienden a ser la expresión de la voluntad conjunta de las partes desde el momento en que el problema se ha convertido en una cuestión a resolver conjuntamente lo que no es óbice para que las soluciones unilaterales se perciban como desequilibradoras. Por tanto, se descartan las opciones basadas sobre una definición de la situación objetiva de la crisis familiar y se adoptan, sin ningún tipo de pudor, las que son el resultado de la actividad conjunta de las partes.

También en la mediación familiar el mediador ayuda a las partes a ampliar las posibles gamas de soluciones a la situación objetiva de crisis familiar a través de una técnica de desarrollo de la creatividad que permite la suspensión de la actitud crítica y supone la aceptación de un clima propicio tendente a admi-

593 J.M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 173.

594 R. DE DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN. *Mediación… Op. cit.*, pág. 33.

tir cualquier propuesta, utilizando este interés para cooperar[595]. El objetivo es hacer una lista de todas las ideas plausibles, sin expresar ningún criterio mientras son expuestas. Una vez que se ha completado la lista de todas las ideas que se tienen en mente, se comienza por examinar una por una. El mediador ayuda a clasificar las ideas como muy probables, probables, poco probables e imposibles. El mediador se «integra» en la idea. Después de haber descartado las ideas poco probables e imposibles, obliga a las partes a que se concentren sobre las restantes ideas que no han sido descartadas, valorando las consecuencias de cada una, los costes relativos y los beneficios que se pueden derivar de las mismas[596].

Cuando la lista parece haberse completado, el mediador pasa a la redefinición de las posiciones que es la séptima etapa de la negociación que comprende esta mediación, consistente en la definición de la situación de crisis familiar. Todos los que participan en una situación objetiva de crisis familiar entran en la mediación con una posición, no obstante todas ellas para crear un espacio cooperativo[597]. Entran con un criterio que se constituye en su definición personal del problema y que, de mantenerse, conduciría a un punto muerto. El mediador debe ayudar a las partes a convenir partiendo de los propios criterios de las partes. La denominada «persona mediadora» ha de cuidar que no se produzca un desequilibrio de poder entre las partes. Con el fin de «ayudar», el profesional procede a ignorar las posiciones inicialmente adoptadas permitiendo a las partes individualizar los que sean auténticos y verdaderos criterios a desarrollar. Con

595 J. M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 74.

596 OSMA CORTÉS, M.A. En *Practicum Mediación 2014*: *El perfil e identidad del mediador.* Pamplona, 2013. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, pág. 314.

597 H. J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Mediación Familiar*. *Op. cit.*, pág. 61.

ese fin se procede a sel*eccionar* las opciones más útiles para las partes. La denominada «persona mediadora» ha de velar para no influenciar a las partes y que sean estas las que encuentren por sí mismas la mejor solución al conflicto planteado.

Una vez que se procede a ese estado de selección las partes se hayan preparadas para elegir las opciones que surgen como más ventajosas y menos costosas. Y cuando llevan a cabo esa elección las partes asumen nuevas posiciones basadas en las informaciones que han almacenado con el fin de acceder al acuerdo. El mediador ayuda a las partes a negociar[598] en base a las soluciones elegidas en modo tal que el acuerdo sea aceptable para todas las partes afectadas; habrá de tenerse en cuenta que debe ser aceptable también en derecho[599].

El acuerdo es la octava etapa de negociación que comprende la mediación familiar. Se puede denominar acuerdo o «acta final de la mediación». En este momento del acuerdo las posiciones se modifican; se alteran las opciones acerca de lo que constituye el objeto de lo que se gestiona mediante la mediación. Las partes pueden acordar siempre y cuando dispongan de todos los hechos y datos pertinentes, posean una conjunta definición del problema y de una gama de opciones en orden a resolver el problema y cuando sostengan una o más opciones como objetivos primarios para alcanzar el acuerdo.

El mediador redacta, al final de la negociación[600], un informe del acuerdo preliminar en el que se describirán detalladamente

---

598 L.MUNDUATE JACA; F. J. MEDINA DÍAZ. *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid, 2011. Edit. Pirámide, pág. 119.

599 M.R. PALOMAR DEL RIO. *Derecho de Familia y La Ley de mediación familiar: los acuerdos de mediación familiar. Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León*. N. BELLOSO MARTÍN (coord.). León. 2006. Edit. Junta de Castilla y León, pág. 202.

600 C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *La Mediación Familiar… Op. cit.*, pág. 33.

los acuerdos a los que se han llegado dando traslado del mismo a cada parte. La redacción de lo convenido no ofrece mayores dificultades cuando el mediador adopta los criterios adoptados por las propias partes. Es conveniente redactar por escrito los acuerdos adoptados. Relativo a la que denomina *«sesión final»*[601] de la mediación familiar indica que la *«persona mediadora»* hará constar en el acta los puntos sobre los cuales se ha llegado a un acuerdo, ya sean totales o parciales, sin ningún tipo de referencia a escritos, hechos o palabras que hayan surgido en el proceso de mediación. Los pactos se han de redactar con un lenguaje claro que resulte fácilmente comprensible para todas las partes. Se alude al acta en la cual deben constar exclusivamente y de manera clara y concisa los acuerdos totales o parciales logrados.

El proceso de mediación familiar terminará mediante sesión, de la que se levantará el acta final, en la cual, o bien se expresarán con la debida separación y claridad los acuerdos aceptados por las partes o bien la imposibilidad de acuerdo, alguno con sus motivos[602]. Se alude a que si la causa de terminación fuera el acuerdo entre las partes, «el mediador hará constar de manera clara, completa y comprensible los acuerdos alcanzados. Y una vez aprobado y firmado por las partes el acuerdo[603] asumirá una formalidad definitiva y vinculante para las partes. La mediación también podrá terminar con una propuesta de la persona mediadora aceptada por las partes en el acta. Los acuerdos que se tomen pueden serlo respecto a la totalidad o a una parte de

601 T. BERNAL SAMPER, Trinidad. «Conflicto y mediación». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. (Ejemplar dedicado a: Medios alternativos de solución de controversias) (*I. HEREDIA CERVANTES. Coord.). Nº 11. 2007, pág. 111.

602 T. BERNAL SAMPER. «Mediación extrajudicial». *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Mediación y protección de menores en Derecho de familia)* Nº 5. 2005 Pág. 12.

603 J. M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar*. *Op. cit.*, pág. 207.

las materias sujetas a la mediación y, una vez suscritos, serán válidos y obligatorios para las partes si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos». Los acuerdos que consten en el acta final, serán válidos y obligarán a las partes que lo hayan suscrito, siempre que en ellos concurran los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

En el caso en que el acuerdo al qué han llegado las partes deba ser utilizado en sede legal será responsabilidad de los abogados de las respectivas partes traducir su contenido en términos legales[604]. Se indica que del acta «se entrega un ejemplar a cada parte que, si procede, trasladan a los respectivos abogados. También en otras legislaciones autonómicas se es más concluyente. En ese precepto se expone que las partes podrán utilizar los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar para la redacción del convenio regulador que, en su caso, presenten al Juzgado para su aprobación a través del cauce procesal correspondiente».

En todo caso, el acuerdo[605] alcanzado deberá contener las informaciones relativas a los datos de las partes y los relativos a lo acontecido; la definición de la situación objetiva de la controversia; las opciones elegidas y las razones que han llevado a optar de ese modo y, en fin, el objetivo del acuerdo alcanzado.

13.3.3. Elaboración del proceso

a.– Primer aspecto: la exploración del conflicto.

Para mediar ante una problemática entre dos personas es imprescindible conocer el contenido del mismo. Un conflicto[606]

---

604 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. Capit. D. PASCUAL ORTUÑO. *Op. cit.*, pág. 91.

605 J.M. HAYNES. *Op. cit.*, pág. 207.

606 L. MUNDUATE JACA; F.J. MEDINA DÍAZ (Coord.). *Gestión del conflicto, negociación y mediación… Op. cit.*, pág. 240.

se conoce cuando se estudian sus antecedentes, las circunstancias en las que se presentó, las características de las personas que en él intervienen, las actitudes que caracterizan a las partes, los ámbitos en que estas se comunican o no, los pasos jurídicos que ya se han dado, las expectativas que la pareja en crisis tienen respecto del proceso mediador, la independencia entre el mediador y cualquier otra instancia que pueda estar entendiendo de la causa (por ejemplo, el juez si el litigio está iniciado), la neutralidad de unos y otros, la disposición de las partes, etc.

Por consiguiente, es preciso evaluar la naturaleza del conflicto, antes de mediar entre las personas en esta situación[607]. El desarrollo depende de gran cantidad de variables, por ejemplo: de las características de las partes enfrentadas (de sus valores, aspiraciones y objetivos; sus recursos intelectuales y culturales; sus actitudes frente al conflicto, etc.); de sus relaciones mutuas anteriores (la evolución de sus actitudes, su grado de comunicación o incomunicación, sus prevenciones y las previsiones del uno respecto del otro, etc.); de la naturaleza del problema que originó el conflicto (su extensión y gravedad, su significado para las partes, etc.); del ambiente social y familiar en cuyo seno se desarrolla el conflicto (ayuda y aliento para la solución, disuasión ante cualquier posible solución negociada, etc.); de la existencia de terceros y de sus relaciones (los intereses de terceros puestos en juego en el conflicto y en sus posibles soluciones, por ejemplo: los intereses de los hijos); de las estrategias y tácticas empleadas[608] por las partes para intentar resolver el problema (amenazas, respeto mutuo, intercambio de información, credibilidad de la información, etc.); de las consecuencias del

607 M. DEUSTSCH, M., *La resolución del conflicto*. Vid. *Matrimonio y mediación familiar*. New Haven 1973. Edit. Instituto de ciencias para la familia. University Press, pág. 55.

608 J.M. FERNÁNDEZ MILLÁN; M.M. ORTIZ GOMEZ. *Los conflictos: cómo desarrollar habilidades como mediador*. Madrid, 2006. Edit. Pirámide, pág. 75.

enfrentamiento para cada parte, a corto, medio y largo plazo (los cambios derivados del conflicto para cada parte y para las relaciones entre ellos, para los terceros implicados y sus relaciones con ellos, el prestigio que se pueda perder, etc.).

Junto con los aspectos afectivos y emocionales, que juegan un papel muy importante en el desarrollo y solución de los conflictos conyugales y familiares, estas son algunas de las variables que intervienen en el desarrollo y que conviene tener presente y explorar al evaluar y buscar posibles soluciones.

El procedimiento más empleado para esta evaluación en el proceso mediador es, sin duda alguna, la entrevista con las partes, también llamada etapa *de relatos*[609] (orientada a que las partes puedan exponer sus puntos de vista) Esta entrevista puede llevarse a cabo con uno o los dos cónyuges, aislada y /o conjuntamente (e incluso con otros miembros de la familia, como, por ejemplo, los hijos), en función de cual sea el contenido que se indaguen y el propósito del mediador. Unos y otros tipos de entrevistas tienen sus ventajas e inconvenientes. *Las entrevistas individuales* suelen llevar menos tiempo y en ellas el mediador puede centrarse en temas más delicados y de mayor calado, así como solicitar ciertos cambios de actitud, de estrategia, etc., en ese cónyuge. *Las entrevistas conjuntas* con los dos cónyuges suelen llevar más tiempo y exigen más atención por parte del mediador. Sin embargo, son muy útiles para explorar los aspectos básicos de las relaciones e interacciones entre ellos. La entrevista es también el mejor medio para evaluar la comunicación conyugal; las estrategias de que disponen para la solución de problemas; las actitudes de los cónyuges respecto de los acuerdos a los que hay que llegar; los aspectos que son negociables o no de sus conflictos; las interpretaciones; los estilos emocionales de uno y otro; los

609 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Mediación Familiar…Op. cit.*, pág. 39.

comportamientos que sirven al mantenimiento y perpetuación de los conflictos; las disonancias que hay entre ellos.

Pero *la exploración del conflicto*[610] *no es la mediación*, sino apenas un medio al servicio de la mediación. Por eso es conveniente recordar aquí que no hay que prodigarse y cansar a las partes en conflicto, sometiéndoles a interrogatorios innecesarios que, más tarde, nada aportan al propio proceso mediador.

b.– Segundo aspecto: conveniencia y utilidad de la mediación en el caso concreto.

En este proceso no se puede prescindir del contexto en el cual se aplica. El mediador debe actuar siempre conforme al mejor interés de las partes que desean participar en el proceso de mediación y de la dignidad del propio proceso de mediación. Para determinar si es conveniente la mediación el mediador debe, plantear en el conflicto[611] ciertas cuestiones: si las partes se beneficiarán del proceso de mediación; si las partes han elegido voluntariamente el recurso a la mediación y en este caso, si han elegido libremente al mediador. El profesional trabaja partiendo de la libre voluntad de las personas implicadas en el conflicto, y si la voluntad esté mediatizada o matizada por alguna circunstancia, el proceso de mediación será difícil e incluso imposible por lo que será necesario aplazarlo.

La persona es libre a la hora de elegir al mediador, y este[612] es libre a la hora de aceptar o no el proceso de mediación que se le propone. En cualquier caso, el cliente debe elegir, y el profesional

---

610 C. VILLAGRASA ALCAIDE; M.A. SORIA VERDE; I. ARMADANS; *Mediación Familiar: Conflicto: técnicas, métodos y recursos*. Barcelona, 2008. Edit. Bosch, pág. 99.

611 R. de DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas Op. cit.*, pág. 33.

612 M. GARCÍA TOMÉ. «La Mediación familiar y su práctica profesional». *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº. 25. 2002, pág. 102.

aceptar esta relación profesional con plena libertad e independencia. La persona que no ha elegido libremente este sistema, tendrá mayor dificultad para depositar su confianza tanto en el propio proceso como en la persona del mediador.

Al respecto de las situación de las partes, y sobre si existe igualdad entre ellas para negociar; esta cuestión debe estudiarse detenidamente, examinado todas las variables del caso y las capacidades de las partes (quién ha propuesto la mediación, cuál es el propósito de la mediación, la capacidad para contar o no con asesoramiento legal, el nivel educativo y de conocimiento de derechos legales, la estabilidad económica; etc.). Si no hay igualdad, es esencial determinar si la desigualdad apreciada es suficiente para desaconsejar la mediación. El equilibrio de poder entre las partes es una variable importante y que influye en la actividad del mediador. El mediador debe saber actuar como nivelador, por ejemplo, cuando una parte se vea débil e influenciable por la otra. Puede ocurrir que las partes lleguen a una mediación en una situación de desigualdad relativa. En ese caso hay quienes sostienen que la mediación no se puede iniciar ni continuar[613]. Otros, en cambio, creen que la mediación produce un marco apropiado para equilibrar el poder y proteger a la parte que es más débil. Por otro lado, tratándose de un proceso voluntario la parte que se siente en inferioridad puede retirarse del proceso de mediación cuando lo desee, si así lo cree

613 En nuestro ordenamiento jurídico, no existe la posibilidad de mediación en los supuestos de existencia de violencia de genero, por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que establece en su art. 44 —EDL 2004/184152—, la reforma del art. 87 ter de Ley Orgánica del Poder Judicial y, al desarrollar las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, dispuso que no está permitida la mediación entre otros, en los procesos de nulidad, separación y divorcio, relaciones paterno filiales, o que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar… en que los implicados, sean víctima /autor, inductor o cómplice, de actos de violencia de género.

conveniente. Sin embargo, si no puede lograrse una adecuada equiparación entre los participantes puede resultar conveniente suspender el procedimiento.

Si existen terceros implicados en el conflicto y en tal caso, cuales son sus intereses, el mediador debe promover la consideración de los intereses de terceros[614] afectados por los acuerdos: especial y principalmente de los hijos[615], pero también de otros familiares, ello en relación con el interés de los hijos, ya hemos indicado que existen derechos y deberes que surgen entre los miembros que integran el grupo familiar. Si es aconsejable que el mediador se entreviste con los hijos de la pareja en conflicto[616]. En caso afirmativo, el mediador deberá extremar el cuidado y definición del cuándo, el cómo y con qué finalidad. Deberá solicitar el permiso de los padres. Deberá preparar a los padres y a los hijos para la entrevista. Y deberá determinar cómo usar la información obtenida, sin violar la confidencialidad que debe regir todo el proceso. Se debe determinar si la mediación debe realizarse sólo con las partes en conflicto o también con la familia y en qué extensión, puede tratarse de disponer la relación de acuerdo con la redistribución del poder entre los grupos intra y extra familiares[617]. En caso afirmativo, cuándo, con quién y con qué finalidad. Si las partes gozan de la suficiente información jurídica, y si por tanto las partes están adecuadamente asesoradas por su propio abogado, teniendo en cuenta que no debe producirse a través de ello de nuevo una confrontación[618]. Los

614 M. GARCÍA TOMÉ. «La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar» *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº 36. 2008, pág. 120.

615 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Mediación Familiar… Op. cit.*, pág. 37.

616 C. de DIEGO VALLEJO. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas… Op. cit.*, pág. 33.

617 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit.*, pág. 137.

618 L. PARKINSON. *Mediación familiar. Teoría y práctica… Op. cit.*, pág. 74.

mediadores no deben dar asesoramiento legal a las partes. Esto es particularmente importante cuando se trata de partes sin asesoramiento o representación legal. Los indicados profesionales deben compartir con las partes información legal, pero incluso esto debe ser hecho con cautela, ya que incluso la información más concreta puede estar sujeta a interpretaciones muy variadas.

La mediación puede tener lugar en ciertas circunstancias aunque las partes no estén representadas, siempre que se hayan ofrecido las advertencias adecuadas y no existan impedimentos éticos que hagan el proceso inapropiado.

c.– Tercer aspecto. Preparación conveniente de las partes.

El objetivo de la mediación, para las partes enfrentadas, es llegar a un acuerdo por medio de conversaciones e intercambio de opiniones[619]. Es claro que para conseguir ese objetivo, los medios utilizados y la actividad realizada por las partes deben ser proporcionadas al fin u objeto pretendidos. Esta definición de las metas de la mediación supone, pues, la existencia en las partes afectadas de una motivación de llegar a un acuerdo y de un mínimo de intereses comunes, sin los cuales sería imposible llegar a solución ninguna.

En la preparación de los clientes para el proceso de mediación y la apertura de la relación profesional, son necesarias dos cuestiones a las que conviene que el mediador preste atención. La primera hace referencia a algunos aspectos del comportamiento de las personas que puede ser de interés tener en cuenta, en este sentido, podemos destacar que las personas aceptan mejor las soluciones que les han ayudado a formular que las que le vienen impuestas, así como que sus intereses no tienen por qué coincidir siempre con sus posiciones. La segunda hace referencia a la

619 M. de ARMAS HERNÁNDEZ. «La Mediación en la resolución de conflictos». *Rev. Educar. Edit. Universidad autónoma de Barcelona.* Nº 32. 2003, pág. 127.

necesidad de que las partes se preparen para estar de acuerdo, o al menos que los participantes en el proceso adquieran la capacidad de diálogo[620]. No se puede resolver un conflicto hasta no estar «psicológicamente» preparado para hacerlo. Sólo porque se presuma en las partes la existencia de una motivación de llegar a un acuerdo y de un mínimo de intereses comunes no quiere decir que la reunión deba dar como resultado un acuerdo final, o que, si se llega a un acuerdo sobre uno de los puntos de la negociación, éste pueda ser llevado sin problemas a la práctica.

La falta de preparación de las partes para estar de acuerdo es, quizás, la más grande o mayor dificultad para el buen resultado de la mediación. En definitiva, las partes deben preparase para estar de acuerdo. Esta cuestión puede centrarse en cuatro puntos relacionados entre sí:

c.1.– Impulsar y buscar la forma de trabajar para obtener el máximo provecho.

En una negociación, debe primar siempre la voluntad de llegar a un acuerdo y el mediador debe vigilar atentamente las reacciones de las partes, ya que realmente son estas quienes tienen el poder[621] en la mediación. Las posiciones y reacciones de las partes (y en su caso de sus letrados) frente al conflicto pueden tender a aumentarlo o a disminuirlo. Toda acción o reacción negativa provocará una escalada o agudización del problema. Todos sabemos qué reacciones contribuyen a que una situación o problema se agudice: el desconocer y negar cualquier expectativa o necesidad del otro, no escuchar a la otra parte, no tratarlo como un igual, no reconocer la autoridad e idoneidad profesional del mediador, etc.

620 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit.*, pág. 125.

621 C. SAÉNZ RODRÍGUEZ. *La Mediación Familiar. La Mediación penal y penitenciaria… Op. cit.*, pág. 28.

Los principales obstáculos para una negociación son las suspicacias, la hostilidad, la renuncia a escuchar y, en su caso la falta de respeto de la contraparte, sea por ella misma o, en su caso, a través de su abogado. Estos obstáculos suelen ser la raíz de las reacciones más típicas de una negociación hecha desde la confrontación: contraatacar, no ceder y romper las relaciones.

c.2.– Contraatacar.

Si una parte asume una posición inflexible y extrema, la otra contraparte hace lo mismo. Pero contraatacar raramente beneficia los intereses inmediatos de las partes y por lo general daña las relaciones a largo plazo.

Lo contrario de contraatacar es ceder. La negociación con la contraparte a veces puede resultar tan molesta, e incomoda, que se prefiere ceder con tal de poner fin al tema. Cuando uno cede en esas condiciones, el resultado, por lo general, no es satisfactorio. La parte que ha cedido puede tener la sensación de haber sido engañada, manipulada, lo que provoca desconfianza hacia el otro y, también, hacia el propio sistema de resolución de conflictos.

Romper las relaciones es otra forma de reaccionar. A veces es mejor poner fin a una negociación que tener que pelear incesantemente. Esta ruptura de la negociación puede servirle para recordarle a la otra parte todo lo que está en juego y obligarle a reconsiderar su posición o su actitud y animarle a actuar con mayor sensatez, y conseguir efectividad[622] en este proceso de negociación. La ruptura, en ningún caso, debe ser fruto de una reacción apresurada, o fruto de una mera reacción ante una provocación, porque posteriormente la parte puede lamentarlo. La

622 L. MUNDUATE JACA; F. J. MEDINA DÍAZ. *Gestión del conflicto, negociación y mediación… Op. cit.*, pág. 229.

ruptura de las relaciones debe obedecer siempre a una decisión meditada, y a una comprensión[623] del conflicto.

La intensidad de cualquier conflicto puede bajar si en lugar de encerrarse en el conflicto, se focalizan los esfuerzos en el problema y en su posible solución. Un medio adecuado es buscar la forma de trabajar juntos para obtener el máximo provecho. Lo que exige crear un clima favorable para la negociación y en el juega un papel primordial el mediador.

c.3.– Ayudarles a planificar los pasos que conducirán al acuerdo.

Determinar cuáles son los acuerdos posibles. Un resultado negociado debería satisfacer los intereses de ambas partes, por lo menos mejor que si no hubiera habido un acuerdo. Para planificar los pasos que les conducirán al acuerdo, las partes deben conocer sus propios intereses asignar prioridades a estos intereses; considerar los intereses de terceros afectados especialmente de los hijos; y no olvidar que todas las partes tienen intereses legítimos.

Por tanto es necesario ayudarles a buscar alternativas[624]: Las partes deben entrar en la mediación con la sincera voluntad de buscar y llegar a un acuerdo, pero sin olvidar estudiar otras opciones posibles, por si las cosas no se desarrollan como se está previsto y no se alcanza acuerdo.

c.4.– Respetar las normas o reglas tácitas de la negociación.

Me refiero en concreto a negociar de buena fe; hacer honor a los acuerdos parciales; dar muestras de flexibilidad; a la reciprocidad de las concesiones; y a evitar la hostilidad y la agresividad personales.

---

623 H. J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Tomo I. Op. cit.*, pág. 190.

624 R. de DIEGO VALLEJO; *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares.* R. LÓPEZ SAN LUIS (Coord.). Barcelona, 2001. Edit. Comares, pág. 125.

d.– Cuarto aspecto: auxilio a la justicia.

Para que la mediación familiar sea satisfactoria, debe utilizarse conjuntamente con los procedimientos legales, teniendo en cuenta la posible intervención del Juzgado[625]. Esto es, la mediación no significa ni puede ser un sustituto del amparo legal ofrecido a las partes por la legislación vigente. La familia tiene un Derecho que es el Derecho de Familia. Las cláusulas del acuerdo alcanzado por las partes no pueden ser contrarias a la Ley, a la moral o al orden público[626], ni los acuerdos pueden resultar, en modo alguno, lesivos para el bienestar de los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

La mediación familiar no trata de sustituir el sistema de justicia si no de reservar para los Tribunales aquellos temas específicos de los mismos, y evitar los problemas que se generan respecto de asuntos que no necesitan, en principio, de sus especiales condiciones. En este sentido, lo propio de la mediación en el ámbito del Derecho matrimonial y de familia no es Juzgar a las partes, ni mucho menos sustituir a los Jueces. La función de la mediación es auxiliar a la justicia, no sustituirla.

Al proponer la mediación como método auxiliar de los procesos de separación, disolución o nulidad del matrimonio[627], debo recordar y subrayar un principio fundamental: no cabe hacer transacción o compromiso sobre lo que pertenece al bien público ni sobre las cosas de las cuales no pueden disponer libremente las partes. El estado de las personas pertenece al bien público, por tanto no cabrá mediación sobre la separación, la disolución

625 C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *La Mediación Familiar… Op. cit.*, pág. 29.

626 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Tomo II. Op. cit.*, pág. 90.

627 E. PASTOR SELLER; E. ORTUÑO IGLESIAS. «La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar». *Rev. Entramado*. Nº 1. Vol.7. 2011, pág. 77.

o sobre la nulidad como objeto litigioso, sino con carácter previo o junto a las mismas o una vez haya caído sentencia.

Quedando siempre a salvo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que las situaciones objeto de mediación conlleven un proceso judicial, podrá convenirse la mediación antes de iniciarse el correspondiente proceso; durante su tramitación y una vez haya recaído sentencia firme. En consecuencia, podrá recurrirse a la mediación:

a.– En las crisis de convivencia surgidas antes de la iniciación de cualquier proceso judicial, para llegar a los acuerdos necesarios y para simplificar el conflicto por la vía judicial de común acuerdo, cuando las partes ya han decidido romper la convivencia.

b.– En la elaboración de los acuerdos necesarios para el logro del convenio regulador de la separación (o el divorcio) contenciosos.

c.– En el establecimiento de las medidas en ejecución de las sentencias de nulidad del matrimonio.

d.– En el cumplimiento de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación y divorcio de matrimonio.

e.– En la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme, por razón del cambio de circunstancias, o decisión voluntaria de los interesados.

13.3.4. Esquema del proceso. Fases

No obstante a los efectos de este estudio, y teniendo en cuenta que no existe un único criterio[628] para determinar el proceso,

628 I. TENA PIAZUELO. *Primeros pasos legislativos de la mediación familiar en España… Op. cit.*, pág. 6.

puedo exponer como posibilidad, según parte de la doctrina[629] el esquema del proceso[630] de mediación; según tres etapas que constan diferenciadas a las que podemos denominar convencionalmente: La fase de preliminar, la fase de negociación (establecimiento de acuerdos y compromisos); y la fase de redacción y firma del acuerdo final de mediación**.**

13.3.4.1. Determinación por la Legislación

Previamente a entrar en detalle en las mismas, me basaré en la determinación que indica la legislación general ya comentada (ley de mediación civil y mercantil):

En la misma, sus art. 16 y 17 expone como comienzo, la denominada sesión informativa[631] (o premediación) que tendrá: solicitud de inicio, con obtención de información y recepción o recogida de datos.

El mediador informará principalmente de la imparcialidad, formación, experiencia; coste, organización proceso, así como las consecuencias jurídicas del acuerdo, y determinación de plazo para la sesión constitutiva.

Así tras ello, la legislación determina en su art. 19 la denominada sesión constitutiva, se considera que es el momento de inicio del proceso. Este documento tiene trascendencia jurídica, dado que es un acta en la que se reflejan los elementos del contrato de mediación.

Por tanto, como efectos jurídicos de esta sesión: aceptación voluntaria de las partes (art. 19); designación o asignación del

---

629 J. ESCRIVÁ-IVARS. *Matrimonio y mediación familiar… Op. cit.*, pág.143.

630 R. de DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN GESTOSO. *Mediación: proceso, tácticas y técnicas… Op. cit.*, pág. 199.

631 C. BOLDÓ RODA (Direc.); M.M. ANDREU MARTÍ (Coord.). *La mediación en asuntos mercantiles*. Valencia, 2015. Edit. Tirant lo Blanch, pág.123.

mediador (art. 16); el mediador determinará causas que puedan afectar a su imparcialidad (art. 13); los principios (confidencialidad) el mediador deberá comprobar la identidad y legitimidad de las partes (personas jurídicas). (art. 19.1).

Asimismo, deberá definirse en resumen, el objeto del conflicto (art. 19.1 c); el mediador informa sobre como es el proceso, explica cual es su función y pregunta cual es el conflicto; deberán indicarse que se debe excluir materias indisponibles. Y en su caso puede sugerir que las partes pueden acudir asesoramiento externo.

Debo destacar una consecuencia trascendente que es referida, a que firmado este documento (acta), se puede solicitara la interrupción o suspensión de los plazos de prescripción o caducidad de la acción.

13.3.4.2. Concreción de las fases según legislación general

Tras esta exposición según el articulado de la Ley, se puede constatar de forma pormenorizada las fases, y así expongo seguidamente.

A.– Fase preliminar.

Se trata de una fase previa a la negociación propiamente dicha (según la determinación legislativa art. 17 ley 5/2012) en la que el mediador debe dirigir su intervención, entre otros y principalmente, hacia los siguientes puntos: a) la construcción de la relación profesional Mediador-cliente; b) la definición del problema y las razones por las que se solicita la mediación; y c) la formulación del compromiso profesional (el contrato de mediación).

A.1.– Preparación de las partes y apertura de la relación profesional.

Las personas, y por tanto los casos, son siempre diferentes. Hay tantos tipos de clientes como personas, y sus comportamientos son, en consecuencia, muy distintos. En la preparación,

planificación y dirección de la mediación conviene tener siempre presentes las peculiaridades personales de cada cliente. Es importante advertir que el concreto comportamiento de cada cliente depende, por una parte, del carácter de la propia persona, y el mediador deberá aceptarlo según se le presente. Difícilmente podrá hacer cambiar la personalidad de sus clientes, todo lo más controlarlos. Y, por otra parte, ese comportamiento, también depende, de la actitud y profesionalidad del mediador, de su manera concreta de llevar las entrevistas y de cómo saber influir en los comportamientos de sus interlocutores.

En esta primera fase es muy importante la actitud del mediador, que debe ser de acogida y de interés hacia las partes. Es por ello que debe tener una formación[632] especializada. Ha de conseguirse un clima distendido, relajado, abierto, en el que quede clara sin necesidad de palabras, la disposición sincera de ayuda profesional a las personas. El mediador debe informar adecuadamente, a sus potenciales clientes, del marco referencial en el que se inscribe la labor que se va a realizar y cuáles son los fines que se pretenden obtener a través de la mediación. Por tanto, se debe explicar con claridad al inicio[633], el proceso de mediación en cada una de sus fases, haciendo hincapié tanto en los objetivos que se persiguen, como en el papel que las partes y el propio mediador desempeñan en cada uno de ellas. En definitiva, se trata de informar sobre la metodología de trabajo, los objetivos, la voluntariedad del procedimiento a seguir, la privacidad y confidencialidad y cuantos puntos se deseen incluir, sea por iniciativa del mediador o a preguntas de los clientes.

El problema y las razones para solicitar la mediación: En este momento se trata de clarificar por qué solicitan la mediación y

632 C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *La Mediación familiar… Op. cit.*, pág. 38.

633 J.M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 43.

cómo ven ellos su problema y las circunstancias de su vida, es decir construir un espacio cooperativo[634]. Es decir, se trata de aproximarse y profundizar en sus preocupaciones actuales. Es importante, centrarse en los hechos y en la persona que en las causas o motivos.

A.2.– La formalización del compromiso profesional y firma del contrato de mediación.

Conforme los clientes explican las razones de su solicitud de mediación y el mediador explica a su vez qué ayuda puede ofrecerle, puede surgir, tanto por parte del mediador como de las propias partes, una serie de interrogantes sobre si se cumplen las necesarias condiciones para que la relación profesional sea eficaz y no una pérdida de tiempo. Según las respuestas a esos interrogantes, decidirán si la relación de debe iniciar o, por el contrario, deben darla por terminada.

Esto significará, que si se continúa con el proceso, comenzará con la sesión constitutiva (art. 19 Ley 5/2012), para dar paso al desarrollo de las sesiones.

B.– Fase de negociación: el establecimiento de acuerdos y compromisos.

En esta fase[635], una vez el mediador conoce las pretensiones de todas las partes, comienza la tarea de acercar sus posiciones, tender puentes de comunicación y diálogo, detectar sus intereses y necesidades.

Debe ayudar a las partes, entre otras cosas: a objetivar los problemas; a facilitar la comunicación entre ellas y, por tanto, también a resolver o aclarar lo que son sólo malentendidos, suposiciones, para que no interfieran la objetivación de los ver-

634 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Tomo III. Op. cit.*, pág. 61.

635 C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *Op. cit.*, pág. 33.

daderos problemas; a analizar las ventajas, los inconvenientes y, en su caso, las consecuencias de las distintas opciones posibles; ayudar a proponer, en su caso, alternativas viables para que las estudien las partes; poner el acento sobre los intereses de cada uno y de los terceros implicados (por ejemplo, de los hijos)[636] y no sobre las posiciones, etc.

De la evaluación de las reuniones conjuntas y privadas surgen las distintas opciones que serán estudiadas con miras a un acuerdo, y en caso de haber obtenido acuerdos parciales, tratando de pasar de los acuerdos parciales, a un acuerdo general[637]. Para valorar los argumentos de las partes y sus pretensiones, el mediador dispone de dos herramientas muy poderosas: la experiencia profesional y la prudencia. Desde esas herramientas conviene recurrir a algún patrón externo a fin de objetivar y actuar siempre con imparcialidad, basando la discusión de las partes en datos reales.

El proceso de mediación no tiene porque referirse a todas y cada una de las estipulaciones del convenio regulador-pacto de la separación de las partes, puede referirse sólo a aquellas cuestiones en las que las partes se encuentran enfrentadas.

En el caso de la ley 5/2012, se trataría del desarrollo del proceso y las sesiones (art. 21).

C.– Fase de redacción y firma del acuerdo final de la mediación.

Una vez que la mediación concluye, queda la cuestión de la redacción y firma del documento resultante. El mediador pondrá por escrito los términos del acuerdo[638] (o de la falta de

636 M. GARCÍA TOMÉ. «La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar». *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº 36. 2008, pág. 110.

637 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Tomo III . Op. cit.*, pág. 50.

638 J.M. HAYNES. *Op. cit.*, pág. 207.

acuerdo) y el documento resultante será firmado por las partes y el mediador (también firmarán los representantes le legales de las partes, en los supuestos en que esté prevista su participación en el procedimiento).

Aplicable a la Ley 5/2012, terminación de proceso (art. 22) y acuerdo de mediación (art. 23).

D.– Otras posibles fases a tener en cuenta.

Aunque no forman parte del proceso de mediación como tal, conviene tener presente también: la ejecución[639] u homologación judicial[640] del acuerdo y el seguimiento del acuerdo y la renegociación.

13.3.5. Aplicación de las fases a la mediación familiar

En cuanto a la especialidad en esta materia, como luego expondré existe incluso legislación específica en muchas de nuestras Comunidades Autónomas, que constaba con anterioridad a la legislación general, si bien en cuanto al desarrollo del sistema se aplica también la indicada ley civil/mercantil por lo que no reiteraré aquí las fases, por ser similares y en consecuencia me remito a lo anterior.

Unicamente diré que efectivamente se debe tener en cuenta la especialidad del tema ya que estamos ante conflictos que se plantean en el ámbito familiar. Y en este sentido, cuando una de

639 La Ley 5/2012 de 6 de julio en asuntos civiles y mercantiles (*BOE* 162 de 7 de julio de 2102) concede fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, y así determina en su art. 23. 3 párrafo 2: «*(…) el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura publica al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo (…).*

640 P. ORTUÑO MUÑOZ. «La aprobación judicial de los acuerdos en la mediación familiar». *Rev. Apuntes de psicología.* Nº 2-3. Vol. 18. 2000, pág. 289.

las partes o ambas se dirigen el mediador, bien directamente, bien por asesoramiento de sus abogados o bien por remisión de la autoridad judicial, se abre una primera fase de carácter preparatorio que tiene como finalidad principal explorar el conflicto— según la materia— y determinar sobre la conveniencia y oportunidad de iniciar un proceso[641]. Es muy importante asegurarse en esta primera etapa que ambas partes de la pareja aceptan la mediación y al mediador y que están de acuerdo en tratar de poner los necesarios para llegar a algunos acuerdos.

En la primera entrevista, conviene también informarles acerca de la duración aproximada, el contenido y la estructura misma del proceso mediador, e intentar exponer sus ventajas[642]. Los objetivos que pretenden alcanzarse con este proceso deben haberse formulado con claridad desde el principio y deben ser entendidos por las partes[643].

Como se ve, esta primera fase cumple un doble objetivo: por una parte tiene por objeto el *fondo del asunto*: explorar el conflicto y la conveniencia o no del recurso a la mediación, sus indicaciones o contraindicaciones[644]; por otra, se centra en la forma: en el concreto proceso de mediación que se pacta entre las partes y el mediador. Dicha primera fase termina con la formalización de la relación profesional mediador-clientes; esto es, con la firma del «contrato de mediación»[645], que en la practica es conveniente realizar, aunque no obligatorio, mediante el cual las partes acuer-

641 J.I. ZAERA NAVARRETE. *Guía práctica de mediación*. Madrid, 2013. Edit. Tirant lo Blanch, pág. 344.

642 C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *Op. cit.*, pág. 28.

643 F.M. CORVO LÓPEZ. *La mediación como forma de solución del conflicto familiar. En Nuevos conflictos del derecho de familia.* E. LLAMAS POMBO (Coord.), Las Rozas (Madrid) 2009. Edit. La ley, pág. 275.

644 J. ESCRIVÁ-IVARS. *Op. cit.*, pág. 138.

645 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1471.

dan el inicio de la mediación y se comprometen a realizar las actuaciones necesarias con el fin de solucionar la crisis firmando para ello dicho contrato[646].

Las partes deben ser informadas o saber que las entrevistas son sesiones de trabajo, intensas, y en muchos casos, difíciles, incluso exponiendo y convenciendo de la cultura del acuerdo[647]. Ese conocimiento ayudará a la persona a valorar el trabajo del mediador y favorecerá la adopción de una actitud de mayor concentración en las entrevistas, tanto individuales como conjuntas.

En cuanto a la recepción e información. Recepción de las partes: la pregunta acerca de la decisión de las partes de acudir al despacho profesional de un mediador familiar admite diversas respuestas. Las partes pueden llegar a la mediación por iniciativa propia; si acuden voluntariamente a la mediación bien por el conocimiento que ya tienen de esa posibilidad, o bien por recomendación de familiares o amigos, esto es: por derivación[648]; indicación de abogados, profesionales de la medicina, psicólogos u otros profesionales (asistentes sociales, u orientadores familiares etc, e incluso por indicación del juez, siempre que esa indicación no sea de obligado cumplimiento. Se considera pertinente ofrecer la mediación en situaciones de crisis, y por tanto proceder a la derivación[649] a este proceso.

---

646 J. ALÉS SIOLI. «Ser mediador: contrato de mediación y su naturaleza jurídica» Referenciando textualmente indica al tratar del contrato de mediación y su naturaleza jurídica, que se trata de un contrato «atípico e innominado», referenciado a M. Torrero Muñoz, indica que sería un contrato atípico desde el punto de vista legislativo por la falta de norma al efecto, pero lo que si es cierto que para las partes en conflicto es un contrato firme, real, pactado, privado o publico, y socialmente necesario. *Rev. la Toga*. Nº 156. 2006, pág. 25.

647 F. ROMERO NAVARRO. «La mediación familiar». *Rev. del Ministerio de Trabajo e inmigración.* Nº 40. 2002, pág. 41.

648 F. L. HIDALGO MENA. *Mediación y orientación familiar*. J. HENRI BOUCHE PERIS; B. ÁLVAREZ GONZÁLEZ.(Coord.) Madrid, 2005. Edit. Dykinson, pág. 89.

649 L. PARKINSON *Op. cit.*, pág. 81.

En cualquier caso, el mediador se encontrará al inicio del proceso con la petición de una parte de la pareja en conflicto, o con la petición conjunta de ambos. En el primer caso, será objetivo principal lograr que la otra parte acepte reunirse con el peticionario y con el mediador para una primera entrevista. En el caso de que ambos acudan conjuntamente a solicitar la intervención del mediador, podrá celebrarse la primera entrevista de forma inmediata, integrándose en ella las actuaciones antes descritas acerca de la obtención de la información personal necesaria para identificar a las partes. Una vez obtenida dicha información, podrá procederse con el resto de la entrevista.

También existe la posibilidad de entrevistas individuales previas: para poder evaluar mejor el caso concreto que se ofrece al mediador para su intervención, en ocasiones será necesario mantener una o varias (pocas, en todo caso) entrevistas individuales con cada parte, a fin de determinar: su particular visión acerca del conflicto[650] y de sus causas.

El cliente, en general, necesita de un apoyo y dirección del mediador. Al hablar de apoyo, nos referimos a la capacidad del mediador, debido a su formación[651], de brindar tranquilidad a quienes se encuentran alterados por la situación que están viviendo y preocupados por las consecuencias personales y, en su caso, jurídicas del camino que se va a emprender en orden a dar solución al conflicto que le abruma. Este efecto tranquilizador se suele lograr a lo largo de las entrevistas o sesiones de mediación, pues en el desarrollo de las mismas[652] las personas

650 R. de DIEGO VALLEJO; R. LÓPEZ SAN LUIS (Coord.) *Del conflicto a la mediación familiar. Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*. Madrid, 2011. Edit. Comares, pág. 5.

651 C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *Op. cit.*, pág.41.

652 M. de ARMAS HERNÁNDEZ. «La mediación en la resolución de conflictos». *Rev. Educar*. Nº 32. 2003, pág. 127.

van recuperando vías de comunicación y diálogo, van comprendiendo cuáles son sus derechos y las posibilidades de obtenerlos, o sus deberes y las posibilidades de ser obligado a cumplirlos, etc. Lo que, en definitiva, puede ayudar a nuestros interlocutores a despejar ciertas incertidumbres en cuanto al futuro de la cuestión conflictiva que le preocupa.

Si se admite el sistema, nos encontraremos también con la firma del contrato de mediación[653]: el proceso de mediación se dirige a unos objetivos previstos, a través de acciones e intervenciones encuadradas en unas reglas de procedimiento, que las partes deben conocer y aceptar antes de dar inicio al proceso[654] de mediación. Cada mediador establece, desde el respeto a los principios informadores de la mediación y las normas legales que regulan su actividad, sus propias reglas, en general por escrito, y que constituyen el «contrato de mediación» y que firman todos los que intervienen en el proceso, llegando a un acuerdo consensuado respecto a su situación futura[655]. Se debe hacer una breve descripción del proceso de mediación[656], enfatizando su voluntariedad, y su naturaleza consensual.

Llegados a la fase de negociación, debo indicar en esta especialidad, que cada sesión debe tener un objetivo concreto y el debate no debería exceder los límites que se hayan señalado en relación al mismo[657] (por ejemplo, si se ha fijado la sesión

---

653 L. PARKINSON. *Op. cit.*, pág. 149.

654 I. GARCÍA PRESAS; «El procedimiento de la mediación familiar». *Actualidad civil*. Nº 8. 2009, pág. 891.

655 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Tomo III. Op. cit.*, pág. 24.

656 J. IGLESIAS DE USSEL; F. ROMERO NAVARRO (Coord.) *Mediación, consenso y conflicto familiar. La mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación*. Madrid, 2005. Edit Gobierno de Canarias. Consejería de presidencia y justicia, pág. 18.

657 J. I. BOLAÑOS CARTUJO. «Disolución de disputas legales en mediación familiar» *Educación social; Rev. de intervención socioeducativa*. Nº 8. Barcelona, 1998, pág. 95.

para acordar el régimen de visitas, no sería congruente permitir que las partes discutiesen sobre las causas del conflicto o sobre el reparto de bienes). Asimismo, y por la materia, el mediador debe concentrarse en el problema por resolver y en las relaciones interpersonales. Lo óptimo sería que la propia pareja en crisis, espontáneamente, den los primeros pasos para resolver sus conflictos. Allí dónde los propias partes son capaces de tomar decisiones tendentes a un futuro acuerdo, sobran las iniciativas del mediador. Tal modo de conducirse, en modo alguno significa que sea por eso irrelevante la función del mediador[658]. En este caso aunque en apariencia el mediador nada media, no obstante está realmente mediando entre ellos, por cuanto que su sola presencia y su invitación está ya contribuyendo y de forma muy eficaz mejorar la comunicación entre los cónyuges, a modificar sus posiciones de partida y a estimular y que ellos mismos sean los que toman la iniciativa para resolver sus propios problemas.

Puede resultar necesario implantar o ampliar conductas de cooperación[659] entre las partes, esto es realizar un trabajo conjuntamente[660], estimularles a que tomen sobre sí la responsabilidad que les pertenece y suscitar en ellos las aptitudes necesarias para a toma de decisiones, constituyen, sin duda alguna, funciones que son propias del mediador. Formalizada la relación profesional[661], el mediador empieza su tarea al citar a las partes por escrito para la primera sesión conjunta. Antes de comenzar la presentación de las posiciones por las partes, el mediador debe

658 F. ROMERO NAVARRO. «La agencia del cambio en la separación matrimonial: el papel del mediador familiar». *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº. 25. 2002, pág. 80.

659 J.M. HAYNES *Fundamentos de la mediación familiar. Op. cit.*, pág. 74.

660 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit. Tomo III* Pág. 235.

661 M. GARCÍA TOMÉ «La Mediación familiar y su práctica profesional». *Rev. de ciencias y orientación familiar.* Nº 25. 2002, pág. 99.

evaluar que éstas están emocionalmente listas para comenzar a trabajar. Aunque la mediación es un proceso que mira hacia el futuro y no indaga en el pasado más de lo necesario, no puede olvidarse el aspecto emocional[662] que conlleva la existencia de problemas sin resolver y la incertidumbre que puede plantear la situación de futuro que se pretende resolver. Asimismo e igualmente por la especialidad de la materia, antes de dar por terminada la sesión de trabajo, puede ser conveniente enumerar los acuerdos alcanzados; felicitar a las partes por el trabajo realizado y por los progresos hechos al llegar al acuerdo[663].

Igualmente parece mas efectivo dividir la negociación en pequeños tramos según el conflicto[664], y negociar cada uno de forma independiente. Las partes deciden cuáles son los temas susceptibles de ser negociados y a partir de esa propuesta consensuada se elabora la agenda de trabajo. Los objetivos de la reunión deben estar identificados, evitando dejar espacios de interpretación[665] sobre el contenido de la discusión. También parece necesario determinar por que las partes quieren esa solución y no otra, así como los problemas o conflictos quieren prevenir o resolver, concretar cual es el asunto que les preocupa más que otro. Conocer bien los intereses de las partes permite jerarquizarlos, ordenarlos y evitar errores. Considerar los intereses de terceros afectados, especialmente de los hijos[666]. Por ejemplo, asegurar que la convivencia de los hijos con el padre y con la

662 M. COMA VILARÓ «Mediación y conflicto judicial: una visión necesaria para el Derecho desde la Psicología». *Rev. Economist & Jurist*. Nº 196. Vol. 14. 2006, pág. 102.

663 S. TAMAYO HAYA. *El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo.* En *Practicum mediación*. *Op. cit.*, pág. 190.

664 G. MORALES FERNÁNDEZ «Gestión de emociones y razones». *Rev. La Toga*. Nº 163. 2007, pág. 36.

665 M. GARCÍA TOMÉ «La mediación familiar y su práctica profesional». *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº. 25. 2002, pág. 91.

666 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit. Tomo II* Pág. 71.

madre[667] quede garantizada tras las medidas judiciales (como sabemos el convenio regulador deberá tener obligatoriamente estos extremos) y no quede mediatizada, o anulada por el hecho de tener que vivir temporalmente con uno de los progenitores con la serie de interacciones que se van a dar en tal funcionamiento. Si conocemos los puntos vulnerables de las partes en conflicto, su puesta en escena por la contraparte no nos sorprenderá en la ignorancia y así evitaremos perder el control de la negociación. Conocer esos puntos débiles permite tener previstas formulas, incluso estudiadas con las partes, para resolver la situación, sin necesidad de interrumpir la negociación y facilitando[668] la misma.

Se debe tener en cuenta la posibilidad de que no exista acuerdo. El mediador no solo debe procurar identificar las posiciones de las partes y sus intereses; también debe intentar identificar otras alternativas posibles, por si las cosas no se desarrollan como se está previsto, es quien tiene la responsabilidad en el proceso[669].

Considero necesario planificar los pasos que pueden conducir al acuerdo y a la solución del caso, es frecuente que una negociación se prepare pensando por dónde hemos de empezar, sin embargo parece conveniente empezar por pensar dónde nos gustaría terminar. Determinado el lugar de llegada, podemos trazar el camino para llegar a ese punto.

La iniciativa en el desarrollo del procedimiento[670] de mediación y las decisiones sobre su concreta conducción corresponden

---

667 M.M. ROBLEDO BUCIO. «Profesores y mediación familiar como alternativa para una mejor adaptación de los niños/as ante el divorcio». *Rev. Intervención psicoeducativa en la desadaptación social.* Nº 3. 2010 Pág. 32.

668 L. PARKINSON. *Op. cit.*, pág. 238.

669 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit.* Tomo III, pág. 57.

670 F. ROMERO NAVARRO (Coord.) *El conflicto familiar. Aspectos epistemológicos. La mediación familiar. La mediación una visión plural: diversos campos de aplicación.* Canarias. 2005. Edit. Gobierno de Canarias – Consejería de Presidencia y Justicia, pág.32.

siempre al mediador. La dirección de las sesiones debe realizarse con amabilidad y cordialidad, pero con firmeza. Es posible que en el transcurso de las sesiones se puedan producir situaciones difíciles, por ejemplo: que las partes retengan información, se pierdan el respeto, se desconecten de la tarea, etc. Estas situaciones de tensión o de bloqueo de la comunicación pueden resolverse en el proceso[671], mediante reuniones privadas con las partes. En este tipo de reuniones privadas se pueden permitir algunas conductas que estarían vetadas en la reunión conjunta se puede dejar que la parte exprese emociones tales como rabia u hostilidad ante la actitud de la contraparte; se pueden expresar temores o desconfianza; la parte puede aportar una información que sería delicado o arriesgado proponer en el transcurso de la sesión conjunta, etc.

También es importante, el entorno[672], esto es el espacio donde las personas se sitúan, y ambiente físico y en relación con ello, la privacidad y confidencialidad. La razón principal, aunque no la única, para procurar un adecuado grado de privacidad es el deber de reserva y confidencialidad que obliga siempre al mediador. Si queremos ganarnos completamente la confianza de nuestros interlocutores y establecer con ellos respeto[673] y un grado de comunicación apropiado, las entrevistas se deben realizar en privado, esto es, de forma particular y personalizada. Nuestros interlocutores deben percibir por sí mismos, sin necesidad de explicación alguna, el carácter imparcial[674], privado y confidencial que se imprime, desde el principio, a su presencia en el gabi-

671 F. HIDALGO MENA. *Mediación familiar: un proceso para la reestructuración de la organización familiar en situación de conflicto. Mediación familiar*. Madrid, 2010. Edit. Dykinson, pág. 167.

672 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit. Tomo III* Pág. 269.

673 L. PARKINSON. *Op. cit.*, pág. 33.

674 J.M. HAYNES, JOHN M. *Fundamentos de la mediación familiar*. *Op. cit.*, pág. 55.

nete. En la creación de ese ambiente de confianza influyen no sólo las actitudes personales, las aptitudes profesionales[675] y los modos sociales del mediador, sino también los espacios físicos donde se recibe, atienden y desarrolla la negociación. Si queremos establecer una relación y comunicación profesional eficaz debemos situar a nuestros interlocutores en el lugar y momento más favorable para esa comunicación.

En cuanto a la naturaleza y ejecución del acuerdo:

Aunque a menudo se califica a la mediación de proceso «no obligatorio» un acuerdo logrado en una mediación es tan obligatorio y exigible como cualquier otro convenio privado. El acuerdo suscrito tendrá eficacia entra partes al ser manifestación de su voluntad libre y consciente. Por sí mismo no tendrá valor ejecución ya que, o bien las partes deberán solicitar al Juez o Tribunal su homologación a través del correspondiente proceso consensuado. O bien como antes hemos indicado instando su elevación a escritura publica al objeto de configurar su acuerdo como titulo ejecutivo[676].

Para que el acuerdo adquiera legalidad, las partes lo entregarán a sus abogados, los cuales le darán, en su caso, forma jurídica para su presentación y aprobación por el órgano jurisdiccional competente[677]. En el supuesto de que las partes no quisiesen

---

675 C.MERINO ORTIZ. *La calidad en la mediación. Cualificación profesional y respeto al derecho.* En *Practicum mediación*. *Op. cit.*, pág. 356.

676 Art. 23 ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

677 Podemos comprobar la conveniencia de la concreción de estos acuerdos, ya que es de ver la existencia de Sentencias: Juzgado de 1.ª Instancia Málaga, n.º 5, 984/2013, de 17 de diciembre. Recurso 575/2013. Ponente: José Luis Utrera Gutiérrez. SP/SENT/745565: *Los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en lo que la Ley 5/2012 llama acta final o acuerdo de mediación, deben ser equiparados, en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no homologados judicialmente. Los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correctos pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente deben tener un alto peso en la adopción por el Juez de las medidas a que*

homologar dicho acuerdo estarán obligados por él como marco voluntario en que debe desarrollarse la relación familiar[678].

Por último, conviene advertir que, logrado el acuerdo de mediación, las partes son libres para acudir a la vía judicial dejando sin efecto lo resuelto en la mediación, con la consiguiente responsabilidad por los daños y perjuicios que de ello se deriven por el incumplimiento de las obligaciones asumidas, para solicitar esta cuestión, estos daños y perjuicios deberán ser contemplados por el mediador en el propio acuerdo de mediación.

Seguimiento del acuerdo y la renegociación.

La mediación no es un proceso que se haga de una vez por todas y para siempre pero mucho menos es un proceso interminable. En muchos casos hay que volver a negociar[679] aún cuando haya transcurrido un extenso período de tiempo desde que el proceso mediador se dio por finalizado y la sentencia se hizo firme. Si la mediación se entiende en un sentido más amplio, lo que ella misma exige es no interrumpirla bruscamente, sino hacer que se prolongue, de forma natural, en el seguimiento. En dicho seguimiento, lógicamente, exige un cierto tiempo de negociación al mediador, y aunque inicialmente apenas si tiene repercusiones legales, no obstante, contribuye a dar más firmeza a los acuerdos tomados. Lo lógico es que sí no se cumplen los acuerdos o se quiebran los compromisos establecidos, sea el

---

se refieren. La decisión de excluir la mediación extrajudicial como forma de gestionar el conflicto ha de ser fundada, razonada y explicitada por los letrados en el proceso, no bastando fórmulas protocolarias. No basta una simple discrepancia en un plazo, para dejar sin efecto lo acordado en mediación, pues supone que el Letrado aboca a su cliente a un proceso contencioso, con lo que ello comporta de coste emocional para todo el grupo familiar.

678 M. TORRERO MUÑOZ; *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*. Valencia, 1999. Edit. Practica de Derecho. Valencia, pág. 21.

679 J.I. BOLAÑOS CARTUJO. «La construcción de un espacio cooperativo en mediación familiar»… *Op. cit.*, pág. 257.

mismo mediador que les condujo a aquellos el que tome en sus manos la delicada tarea de la renegociación.

El seguimiento, de otro lado no agota su finalidad en la mera evaluación y control del modo en que se están llevando a cabo en la práctica los acuerdos por los que se optó. El seguimiento es tanto más eficaz cuando contribuye a proveer a los cónyuges de informaciones adicionales y de asesoramiento acerca de las nuevas dificultades con las que se encuentren.

Respecto a la *naturaleza jurídica*[680], debo reiterar que el proceso mediador apunta a transformar las actitudes conflictivas de los cónyuges en actitudes de cooperación o colaboración. La mediación familiar, en el ámbito jurídico, surge como un procedimiento alternativo a lo meramente judicial. Esto es, en lugar de resolver los conflictos conyugales y familiares mediante el enfrentamiento legal, la mediación se propone apelar a otro escenario (el conyugal y dialogante), con el propósito de resolver los problemas sin judicializarlos.

En cierto sentido, a lo que apunta el proceso mediador es a transformar las actitudes conflictivas de las partes— sobre todo si existen hijos— en actitudes de cooperación o colaboración. De esta forma se intenta sustituir el conflicto entre las partes por la colaboración entre ellas. La mediación familiar no debe reducirse a una mera cuestión de «arbitraje»[681]. Debe entenderse mas bien como un proceso a través del cual se optimiza el entendimiento entre las partes, de ahí la responsabilidad[682] de dicho proceso que asume el mediador, dado que al mismo tiempo que se rees-

680 L. MUNDUATE JACA; F. J. MEDINA DÍAZ. *Gestión del conflicto, negociación y mediación… Op. cit.*, pág. 119. Igualmente ver apartado 11.2.4.1. de la presente tesis.

681 L. GARCÍA VILLALUENGA. «La mediación familiar: una aproximación normativa». *Rev. de trabajo social*. Nº. 7. 2007, pág. 6.

682 H.J. BOUCHE PERIS; F. HIDALGO MENA. *Op. cit.*, pág. 57.

tablece entre ellas, y se llega a ciertos acuerdos. Para ello es de vital importancia generar un cambio de actitudes en las personas, de manera que o bien se recuperen las naturales habilidades de negociación o bien se genere una nueva dinámica conyugal y familiar más negociadora y colaboradora, en consecuencia menos conflictiva.

La función del mediador no es, por tanto, sustituir a las partes sino facilitar la comunicación y la colaboración en la búsqueda de soluciones; ayudar a objetivar los problemas; ayudar a analizar las ventajas, los inconvenientes y, en su caso, las consecuencias de las distintas opciones posibles; ayudar a proponer, en su caso, alternativas viables para que las estudien las partes; poner el acento sobre los intereses de cada uno y de los terceros implicados (por ejemplo, y especialmente, de los hijos). En definitiva, ayudar a ver lo que las partes aisladamente no saben ver o no pueden precisamente por estar inmersas en el conflicto.

13.4. PRINCIPIOS

Como introducción a esta cuestión, vamos a referirnos a los principios[683] en los que debe basarse el mediador[684] o funciones del mediador[685] en el proceso dado que considero que se encuentran totalmente relacionados:

— Ayudar a las partes a objetivar los problemas;

— Facilitar la comunicación entre ellas y, por tanto, también ayudar a resolver o aclarar lo que pueden ser sólo «malentendi-

683 R. DE DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN. *Op. cit.*, pág. 61.

684 C. BOLDÓ RODA (Direc); M.M. ANDREU MARTI (Coord.) *La mediación en asuntos mercantiles… Op. cit.*, pág. 47.

685 Aunque expondré en concreto, de forma independiente la figura del mediador en el apartado: 12.7.1 de esta tesis al cual me remito.

dos», para que no interfieran la objetivación de los verdaderos problemas;

— Contribuir a analizar las ventajas, los inconvenientes y, en su caso, las consecuencias de las distintas opciones posibles;

— Estimular la proposición de soluciones imaginativas;

— Proponer, en su caso, alternativas viables para que las estudien las partes;

— Poner el acento sobre los intereses de cada uno y de los terceros implicados (por ejemplo, y especialmente, de los hijos) y no sobre las posiciones de las partes;

— Redactar, finalmente, los acuerdos mutuamente aceptados por las partes.

Teniendo en cuenta, la mediación familiar en el ámbito de las crisis matrimoniales, podemos indicar que la separación, la disolución del vínculo o la nulidad[686] del matrimonio suponen la separación no sólo de dos personas que hasta ese momento habían vivido juntas, sino también la brusca interrupción de sus relaciones, la modificación de sus respectivos estilos de vida, de las relaciones con sus hijos, de sus respectivas familias políticas, de la relaciones económicas y de todas sus pertenencias, etc. Esa ruptura, con frecuencia, irrevocable e irreversible supone una multitud de cambios cuya gestión no resulta siempre fácil. Y es que la conmoción que en todos los ordenes supone la crisis matrimonial y su solución judicial[687] (bien mediante la separación, consensual o litigiosa, la nulidad o la disolución canónica,

686 N.S. GORVEIN. *Mediación en los supuestos de conflicto de pareja: separación, divorcio y nulidad. Mediación Familiar*. Madrid, 2010. Edit. Dykinson 2010, pág. 315.

687 R. VÁZQUEZ GUTIÉRREZ; M. GONZALO QUIROGA; F.J. GORJÓN GÓMEZ, A. SÁNCHEZ GARCÍA (Coord.). *Conflicto y manejo de la ira en un procedimiento de mediación/conciliación. Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid, 2011. Edit. Dykinson, pág. 255.

o en su caso, el divorcio) incide profundamente en la situación jurídica familiar, cuyo equilibrio funcional y emocional (y también el de las relaciones personales y jurídicas nacidas de ella), se ve afectado con la misma o mayor intensidad.

De la separación se deriva no sólo un cambio en el estatus personal de los cónyuges, sino también, y como consecuencia, el nacimiento de un nuevo estatus familiar. Sin duda, lo que caracteriza la separación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es la modificación del «estado civil». Es cierto, pero conviene añadir que la separación más allá de generar una nueva situación personal de los casados, que lo es, engendra, a su vez, una verdadera situación familiar, ya que los efectos jurídicos de la separación alcanzan a toda la familia. Bajo la nueva situación resultante de la crisis matrimonial, y para la nueva situación *familiar* (que obviamente ya no es la anterior a la separación), va a ser preciso encontrar un nuevo equilibrio funcional que pueda dar satisfacción a los intereses conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en juego; equilibrio que ya no puede ser idéntico al que había antes de la crisis. Esto es, que la nueva estructuración del sistema familiar (consecuencia de la crisis matrimonial y su solución jurídica), tenga bien definidas las características peculiares con que dar respuesta a las necesidades más profundas de los implicados en ese nuevo sistema.

El recurso a la mediación familiar permite una solución[688] más pacífica y más ajustada a la singularidad de cada caso, lo que le convierte en un recurso técnico más apto para la protección de los valores matrimoniales y familiares en crisis. Es obvio que configurar situaciones críticas, potencialmente muy conflictivas y, además, tan singulares como irrepetibles en la situación de cada matrimonio y de cada familia, mediante el recurso a la

688 R. de DIEGO VALLEJO. *Del conflicto a la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 5.

voluntad acorde de las partes, es civilizar y pacificar elementos decisivos del conflicto, es favorecer la existencia de pactos reales con previsiones ajustadas y útiles al caso, elaboradas por los propios interesados, que son quienes conocen directamente las características de los problemas propios.

Convenir el conflicto[689] permite limitarlo, en vez de extenderlo a otros campos del complejo familiar (en especial, el terreno de las relaciones con los hijos y de la educación de los mismos), esto es, supone seguir aplicando el método propio de la relación matrimonial y familiar normal: el común acuerdo de voluntades en aras del interés familiar. Por eso, convenir la crisis es limitarla y ello en intensidad y en extensión. Los puntos a negociar son, fundamentalmente, los que comprende el convenio regulador[690] de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales, que es el documento legal[691] necesario para poder tramitar la separación de manera convenida o amistosa ante la jurisdicción competente.

No es objetivo de la mediación familiar tratar el impacto emocional de la ruptura conyugal, tema que suele dejarse en manos de otros profesionales, en la mayoría de casos del ámbito sanitario: médico psiquiatras o psicólogos clínicos. En determinados casos, el mediador puede informar a las partes sobre la posibilidad o conveniencia de recurrir a la orientación o consejo conyugal u otras formas de terapia, en tanto que formas de solucionar esos problemas conyugales o familiares. El recurso

---

689 L. MUNDUATE JACA; F.J. MEDINA DÍAZ (Coord.). *Gestión del Conflicto, negociación y mediación… Op. cit.*, pág. 229.

690 Según la legislación especifica en comunidades autónomas, cambiaría de denominación dicha regulación. En Aragón, según CDFA, art. 77: Pacto de Relaciones Familiares.

691 P. ORTUÑO MUÑOZ. *La aprobación judicial de los acuerdos en la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 288.

a la mediación familiar supone ofrecer a las partes un espacio neutral, imparcial y confidencial, bajo la presencia de una tercera persona cualificada —el mediador—, que les permita hacer una pausa en el conflicto que les enfrenta para analizar y elaborar las decisiones adecuadas a la nueva situación familiar consecuencia de la ruptura conyugal.

El objetivo fundamental de la mediación familiar es ofrecer una cauce para que las partes elaboren por sí mismos las bases de un acuerdo duradero y mutuamente aceptado de las relaciones conyugales, paterno filiales y patrimoniales, teniendo en cuenta las necesidades de cada uno de los miembros de la familia y, de forma espacialísima, de los hijos. Se trata no tanto de lograr un acuerdo cuanto de lograr la colaboración de los esposos a través de un acuerdo. El espíritu de cooperación, de comunicación, de consenso, etc., que exige necesariamente el proceso de mediación puede ser, sin duda, un aprendizaje para el futuro de la familia que se reorganiza a partir de un conflicto.

13.4.1. Principios del proceso

Y según todo esto, podemos centrarnos concretamente en los Principios del proceso de mediación.

13.4.1.1. Principios generales de la mediación familiar

a.– Voluntariedad.

A pesar de que en algunos sistemas se ha concebido la mediación familiar como obligatoria y previa al inicio del proceso[692] judicial de resolución del conflicto que enfrenta a los cónyuges, parece más acorde con la propia naturaleza de la mediación en

692 I. GARCÍA PRESAS *El procedimiento de la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 296.

las crisis matrimoniales configurarla de acuerdo con el principio de voluntariedad[693].

Implica entender la voluntad de las partes como substrato necesario de la mediación, tanto en su iniciación, como en su tramitación, hasta su culminación. Se requiere un mutuo consenso para que el proceso de mediación se inicie. Y de la misma forma que las parte son libres de acogerse o no a la mediación, lo son también de desistir de la misma en cualquier momento. Esta voluntariedad se refleja, no sólo en la aceptación por las partes de la mediación como vía de solución del conflicto, sino también en la libre elección del mediador. Es por ello que también pueda llamarse a este principio como de *autonomía de la voluntad.*

El recurso a la mediación, como método de resolución de conflictos, responde a la autonomía de la voluntad de las partes que, pudiendo disponer de sus bienes, deciden poner fin a la controversia que les enfrenta. La voluntad, que de este modo reconoce el Derecho, es concreta. No es posible aceptar que cualquier significado al uso de la calle es válido para comprender la acepción de la misma que expresa el principio «autonomía de la voluntad». Siempre que el derecho[694] reconoce la libertad y la autonomía privada está, por definición, reconociendo la libertad para comprometerse, para establecer una obligación, un vínculo que origina derechos y deberes. El principio de autonomía privada es la voluntad capaz de comprometerse o vincularse, en términos jurídicos. Al hablar del principio de autonomía de la voluntad privada me refiero, en concreto, a la voluntad que crea vínculos y se auto-somete a los derechos y deberes derivados de su ejercicio. Este principio servirá también para que el mediador disuada a

693 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1451.

694 L. PARKINSON, Lisa. *La necesidad de normas y regulación en la mediación familiar… Op. cit.*, pág. 232.

las partes del recurso a la mediación allí donde la intención de las personas involucradas en el conflicto esté mediatizada o matizada por alguna circunstancia, puesto que la libre resolución de las personas es presupuesto necesario para proceder a la misma.

Asimismo, la voluntariedad implica, la necesidad de que cualquier avance en el proceso de mediación tenga necesariamente como causa un consenso entre ambos cónyuges. Se trata de encontrar una salida negociada al conflicto libremente aceptada, que se plasma en un acuerdo para ambos satisfactorio, y en general para la familia[695].

De esta misma forma, el mediador también puede dar por acabada la mediación en momento en que aprecie en algunas de las partes la falta de voluntad de llegar a un acuerdo o que la continuidad de la mediación es inútil. Sin capacidad y voluntad de asumir el compromiso, la mediación pierde su razón de ser. El convenio al que tiende toda mediación, por este principio, no es una convención cualquiera, sino un verdadero compromiso exigible Inter-partes, al ser manifestación de su voluntad libre y consciente. La exigencia de homologación judicial para que el acuerdo sea ejecutivo no merma su capacidad vinculatoria y su exigibilidad a la luz del principio de Derecho natural «*pacta sunt servanda*» (los pactos deben cumplirse).

b.– Disponibilidad de la materia.

El interés sobresaliente de la mediación, como hemos señalado en el epígrafe anterior, viene dado por ser cauce para una manifestación clave de la revitalización del principio de autonomía de la voluntad y, por lo tanto, del negocio jurídico familiar.

Al proponer la *mediación* como método auxiliar de los procesos sobre causas matrimoniales, debemos recordar y subrayar un

695 M.T. PÉREZ GIMÉNEZ *La mediación en el Marco del protocolo familiar… Op. cit.*, pág. 8.

principio fundamental: no cabe hacer validamente transacciones o compromisos sobre lo que pertenece al bien público ni sobre otras cosas de las cuales no pueden disponer libremente las partes, como es en otras el estado de las personas. Por tanto, no cabrá mediación sobre la separación, la nulidad o la disolución del vínculo como objeto litigioso, sino con carácter *previo o junto* a las mismas.

Esto significa, ante todo, que la mediación presenta una doble limitación: En primer lugar: el convenio que se obtiene es una vía de ejecución de la ley y no una sustitución de la ley. Se trata de proveer de un estatuto a la situación de crisis matrimonial y, por hipótesis, de un estatuto que sea en términos generales conforme con los caracteres generales de la propia situación; En segundo lugar: Los limite generales de la autonomía privada, que son otros que los derivados del orden público familiar. En otras palabras, el ámbito de lo indisponible.

Puedo añadir en este sentido, la llamada libre disposición de las partes, es decir las personas que recurren a este procedimiento son las verdaderas gestoras de la solución para la solución del conflicto planteado. Son los propios interesados quienes, con la ayuda del mediador, tratan de hallar una solución satisfactoria a su problema. El mediador lleva el control del proceso, dejando a los implicados la elección de los contenidos, alternativas y soluciones[696].

c.– Renuncia a la litigiosidad.

Dejando siempre a salvo el derecho a la tutela judicial y, por tanto, desde el máximo respeto a la iniciativa de parte, este principio tiene un doble significado: resolver mediante acuerdo[697] todo cuanto pueda ser objeto de convenio y renunciar, en, en su caso, a la contienda o confrontación procesal.

---

696 R. LÓPEZ SAN LUIS, *La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida.* Pamplona, 2009. Edit. Aranzadi, pág. 393.

697 J.M. HAYNES. *Fundamentos de la Mediación familiar… Op. cit.*, pág. 173.

Se puede recurrir a la mediación familiar antes de nacer la instancia judicial, es decir, antes de nacer la relación procesal e incluso, durante la tramitación de la causa. Cabe todo intento de mediación conciliatoria, siempre que el convenio al que se llegue no atente contra la esencia del matrimonio o pareja y los derechos de la familia y tenga por objeto el restablecimiento de la comunidad conyugal o los bienes sobre los que las partes pueden disponer. El recurso a la mediación familiar supone que las partes asuman el compromiso de que, una vez puestos sus esfuerzos en esta vía no adversarial, no iniciarán o, en su caso, suspenderán cualquier acción litigiosa que pretenda resolver contenciosamente el mismo conflicto.

d.– Equidad.

El principio de equidad (igualdad[698]) atiende al fin último de toda mediación: dar a cada parte, no sólo lo que legítimamente le corresponde, sino también lo que justamente necesite. Para ello debe atenderse, no sólo a los intereses que coyunturalmente puedan expresar las partes, sino a aquellos de superior dignidad, como pueden ser la educación integral de los hijos, el mantenimiento de las relaciones naturales de parentesco y filiación, la salvaguarda de la dignidad de las personas.

13.4.1.2. Principios rectores en la intervención del mediador

En cuanto a la referida figura del mediador, debo realizar una introducción en este apartado[699], referida a las determinaciones realizadas en la ley de mediación civil y mercantil, concretando

698 C. MARQUÉS CEBOLA. *La Mediación.* Madrid, 2013. Edit. Marcial Pons. Madrid, 2013 Pág. 122.

699 Ya he indicado que la figura del mediador queda concretada en el apartado 12.7.1 de esta tesis.

el Estatuto del mediador y la importancia de la profesionalización, la legislación no dedica un precepto concreto a determinar el concepto de mediador.

En concreto en el art. 11, determina las condiciones para ejercer de mediador, y así expone: 1.– *Personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se la impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos;* 2.– Será necesario *Título oficial universitario o de formación profesional superior y deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas;* 3.– *El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación*.

Asimismo, y si previamente he acudido al preámbulo de la indicada Ley (apartado III), se expone que: *Es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. (…) La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la naturaleza del conflicto. Ha de tener una formación general que le permita desempeñar esa tarea y ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad*[700].

En cuanto a la formación necesaria, tal cuestión viene desarrollada por el Real Decreto por el que se desarrollan deter-

700 Ley 9/2011 de 24 de marzo de Mediación Familiar en Aragón. (BOA Nº 70, de 7 de abril): Como he indicado refiriéndome a la legislación de la C.A. Aragón, por lo ya expuesto en mi ejercicio laboral, tampoco contempla de modo unánime el perfil (art. 8 expone referencia al mediador familiar) aunque en la práctica existe coincidencia en determinados profesionales: abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales y pedagogos. Se considera que es conveniente un equipo interdisciplinar, dado el enriquecimiento que se produce con las distintas visiones.

minados aspectos de la Ley[701]. En dicho decreto se expone la necesidad de formación especifica (art. 3), así como el contenido de dicha formación (art. 4): 1.– *conocimientos y habilidades para el ejercicio de la profesión, comprendiendo como mínimo; marco jurídico, aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos, de técnicas de comunicación, negociación, y de resolución de conflictos*; 2.– *teórico y práctico, correspondiendo a este ultimo al menos un 35% de la duración*.

Igualmente especifica en cuanto a la duración, que corresponderá a cien horas de docencia efectiva (art. 5); continuando con la exposición de necesidad de formación continúa (art.6): sesiones al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración mínima de veinte horas. En relación a dicha cuestión y para constatar la acreditación del profesional mediador, existirá un registro para la correspondiente inscripción, tal como determina la indicada legislación (art. 8 a 12).

*Por tanto, y en concreto respecto a los principios rectores de la intervención del mediador: l*os principios básicos que informan la intervención del mediador familiar son igualmente similares a la legislación civil, por lo que realizo un breve resumen[702]:

— Imparcialidad[703]: principio rector de sus relaciones con las partes

El principio de imparcialidad significa no tomar partido por uno o por otro, reequilibrar el tiempo y la atención que ambos necesitan e igualar el poder que cada una de las partes mantiene ante su cónyuge. El mediador no debe aliarse con ningún cónyuge en particular para ir en contra del otro. El mediador no

701 RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de 6 de Julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (*BOE* 310, 27 de diciembre de 2013).

702 J. ESCRIVÁ-IVARS. *Matrimonio y mediación familiar… Op. cit.*, pág. 138.

703 J.M. HAYNES. *Op. cit.*, pág. 55.

está a favor de ninguno. Más bien está «en contra» de los dos: en contra de todas aquellas actitudes que puedan ser lesivas, injustas o vejatorias para el otro o para los menores.

— *Neutralidad: principio rector de sus relaciones con los intereses.*

El profesional que interviene en las crisis matrimoniales no debe dejarse influir por las relaciones conflictivas que afectan a la pareja. Un prudente distanciamiento de los problemas, le ayudara a ser mas objetivo y sereno, sin precipitar con sus intervenciones una errónea salida al conflicto.

El principio de neutralidad hace referencia al trabajo que el mediador debe realizar no sólo en relación con las partes, sino también frente a sí mismo. Frente a su propia historia, sus emociones, sus valores personales e incluso sus prejuicios. Es por tanto de gran importancia, a la hora de desempeñar su función[704], el ser capaz de reconocer las cuestiones que pueden afectarle personalmente o que la situación concreta puede provocarle, ya que esto le va a permitir distanciarse y actuar en la forma más objetiva e idónea.

— *Confidencialidad: principio rector de su relación con el proceso.*

El principio de confidencialidad[705] tiene su fundamento en el compromiso que el mediador adquiere y que le obliga a guardar secreto sobre el contenido de las entrevistas y de los eventuales acuerdos que pudieran establecerse. Este compromiso sólo puede romperse cuando las partes interesadas lo autoricen expresamente.

— *Profesionalidad: principio rector de su relación con la institución de la mediación familiar.*

Aludía al principio de esta unidad al proceso actual de *formalización* de la institución mediadora, aunque su historia sea pro-

704 F. ROMERO NAVARRO. *La formación en mediación… Op. cit.*, pág. 90.

705 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1452.

longada. Durante el mismo se marca como un hito importante la profesionalización de quien es llamado a mediar entre las partes. El estudio de la mediación no sólo debe llevar a plantear y analizar con rigor sus objetivos y límites, su metodología, las condiciones para su aplicación, sino también el estatus y la profesionalización de los mediadores, los requisitos y cuantos elementos otorguen de mínimas garantías esa intervención, más allá de una difusa conciencia asentada en un voluntariado repleto de buenas intenciones que, de seguro, no va a durar eternamente.

El mediador debe integrarse en un *corpus* profesional dotado de principios deontológicos propios, y provisto de conocimientos específicos.

13.4.1.3. Principios o reglas tácitas que deben informar la actuación de las partes en el proceso de mediación

Me refiero a un conjunto de normas que, siendo concreción de los principios generales, no están explícitamente enunciadas, ni se las respeta o reconoce necesariamente en todas partes. Se las puede considerar como costumbres tácitas que se tratará de respetar sin que ello impida, lamentablemente, eludirlas. Estas reglas tienen una triple razón de ser: por un lado, pueden favorecer la conclusión de un acuerdo[706] y tienen, por tanto, un interés operativo por otro, porque si uno las respeta puede esperar que el otro también lo haga, sea en el presente o en el futuro; y finalmente, porque en cualquier caso, se trata de una convenciones o normas de actuación[707] cuya inobservancia constituiría, desde mi punto de vista, una acción improcedente.

---

706 M. de ARMAS HERNÁNDEZ. *La mediación en la resolución de conflictos… Op. cit.*, pág. 130.

707 C. BOLDÓ RODA; M.M. ANDREU MARTÍNEZ. *La mediación en asuntos mercantiles… Op. cit.*, pág. 64.

— *Buena fe.*

Negociar de buena fe es, seguramente, la más general de todas las normas a las que me refiero y la que tiene mayor resonancia moral, pero también la más difícil de definir. Podemos afirmar que no hay negociación de buena fe si una de las partes llega a la mesa de negociación con un objetivo distinto del de llegar a un acuerdo. Exigida tanto a la persona mediadora[708] como a las partes en conflicto.

— *«Pacta sunt Servanda» (los acuerdos deben ser respetados).*

Esta regla tácita estipula que, cuando la negociación se refiere a cláusulas sucesivas e independientes entre sí, un acuerdo concluido sobre uno de los puntos no podrá volver a ser cuestionado por la discusión del siguiente punto.

— *Flexibilidad.*

Se trata de una norma indispensable para el éxito de cualquier negociación y que tiene mucho que ver con lo que se refiere a la buena fe. La flexibilidad puede adoptar y manifestarse de diversas formas: formular algunas modificaciones a la posición inicial, expresar la intención de tomar en consideración las proposiciones de la otra parte, modificar las propias posiciones a requerimiento de los intereses y necesidades reales del otro, etc. Es esencial en cualquier proceso de negociación. Se debe evitar cualquier «ultimátum» en el curso del proceso, excepto en situaciones particulares, ya que el ultimátum es, en la mayoría de las veces, el preludio de la confrontación y la terminación.

— *Reciprocidad.*

La norma tácita de reciprocidad es una consecuencia de las normas de buena fe y de flexibilidad. No conceder nada a cambio

708 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1455.

de concesiones recibidas resulta una inobservancia de las reglas de juego.

— *Respeto mutuo.*

Se trata de un mínimo irrenunciable de convenciones de educación y urbanidad. Convenciones exigibles en todo caso y con independencia de la distancia que puede separar a las partes en conflicto.

En definitiva, todas estas normas deben orientar el comportamiento de las partes en el proceso[709] de mediación y de su cumplimiento depende en gran medida el éxito del entero proceso. De todas ellas deberá informar y formar adecuadamente a las partes el mediador.

13.5. SUJETOS PARTICIPANTES EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR

13.5.1. El mediador

He procedido a exponer en apartado anterior la figura del mediador, a tenor de la legislación general y en cuanto a los principios. En este apartado corresponde centrarme en la figura del mismo en la mediación familiar si bien, me remito a lo anterior, e indico aquí datos más concretos en esta especialidad.

Cuando las partes se hallan frente a una situación de crisis familiar cuya resolución es difícil, el mediador, a diferencia de otros supuestos, interviene para asistirles en la composición de la misma negociando para ambas partes. Por tanto, una parte significativa de la expresión de la mediación se justifica en la incapacidad de las partes de asumir acuerdos[710] sobre los contenidos

709 I. GARCÍA PRESAS. *El procedimiento de la mediación familiar*. *Op. cit.*, pág. 492.

710 G. MORALES FERNÁNDEZ. *Mediación y conflicto: gestión de emociones y razones… Op. cit.*, pág. 36.

de la crisis familiar por que cada una de ellas aporta versiones, a menudo, diversas sobre su naturaleza e historia. En el momento en que el mediador se enfrenta, por primera vez, con las partes cada una posee una historia que desea trasladar al mediador.

Pero, también el mediador[711] debe adoptar una serie de estrategias consistentes en crear dudas en las versiones de cada una de las partes a través de la ubicación de las mismas en un contexto de reciprocidad. Normalmente la parte en la crisis familiar atribuye la responsabilidad del mismo a la parte contraria siendo proclive a negar su propia responsabilidad en el mismo. Son raros los supuestos en los que la parte admite ser parte del problema. En el inicio de la mediación la parte hace frente a la crisis familiar en muy diversos modos como por ejemplo cuando una parte ataca a la otra y no asume ninguna culpa de haber originado el problema. En esos supuestos el cometido del mediador, como parte en la finalidad de crear incertezas y dudas en las posiciones asumidas por las partes para coadyuvar a que adopten una definición conjunta del problema, es la de ser un elemento activo en orden a que las partes abandonen sus actitudes unilaterales. Cuando cada parte construye su versión de los hechos de modo decididamente unilateral, el mediador ha de buscar redefinir la situación de crisis[712] en términos de reciprocidad.

Cuando la parte asume una concreta posición raramente tiene en cuenta las posiciones de la otra. En esos casos estrategias corno la normalización o la búsqueda de la reciprocidad que ayudan a ver la situación desde otro punto de vista, son útiles en orden a crear dudas sobre la certeza de la posición inicial. Se abre de ese modo el camino para la adopción de alternativas o

711 M. GARCÍA TOMÉ. *La mediación familiar y su práctica profesional… Op. cit.*, pág.102.

712 M.P. GARCÍA-LONGORIA y SERRANO; A. SÁNCHEZ URIOS. *La Mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares… Op. cit.*, pág. 265.

de posiciones conjuntas que respondan a la reciprocidad de intereses. Una vez que la duda ha sido insinuada por el mediador y que las partes desean tomar, en consideración las posibles alternativas, el mediador puede ser la ayuda para forzar el cambio manteniendo en la discusión un punto de convergencia esenciales para la resolución futura con que concluir la mediación. Igualmente el mediador necesita tener unos conocimientos para desempeñar bien su tarea profesional[713]: *Los conocimientos acerca del objeto de la mediación:*

Las exigencias referidas a la formación académica y los conocimientos especializados dependen del ámbito o área específica a la que pretenda dedicar preferentemente su atención profesional el mediador[714]. Mediar en el matrimonio o pareja y en la familia exige conocer bien lo que se va a mediar. La cuestión es de una extraordinaria complejidad, pues los niveles de conocimientos necesarios en mediación son muy variados desde los más fundamentales y básicos hasta los más prácticos y casuísticos. Si nos situamos en el contexto de las soluciones jurídicas a las crisis matrimoniales, es imprescindible que el profesional tenga, sin duda, una formación experta en derecho[715] matrimonial y de familia. Pero no debemos olvidar que la resolución de conflictos en el campo del Derecho matrimonial y de familia nos adentra en el ámbito de la intimidad de la persona más celosamente defendido, en la vida privada de los cónyuges y de sus relaciones familiares e incluso sociales, en el terreno de los sentimientos. Por

713 F. ROMERO NAVARRO. *La formación en mediación familiar en… Op. cit.*, pág. 102.

714 M.A. OSMA CORTES. *El perfil e identidad del mediador*. En *Practicum mediación… Op. cit.*, pág.314.

715 A. L. CAMPO IZQUIERDO.«La Mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia: análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar». *Rev. de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*. Nº 26. 2005, pág. 285.

eso, es también muy importante que la especialización y formación del mediador sobre la temática matrimonial y familiar no se reduzca sólo a los aspectos legales o jurisprudenciales, sino que abarque conocimientos de psicología[716], psicopatología, etc. No se trata de acumular información y experiencia, que, sin duda, son muy importantes, sino también de capacitarse mediante el estudio y la investigación interdisciplinar, y, por tanto, profundizar desde diversas perspectivas científicas en el conocimiento de la compleja temática matrimonial y familiar.

Parece necesario desarrollar una buena capacidad social[717]. Saber exactamente qué hacer o decir en las distintas situaciones sociales y profesionales requiere flexibilidad, espontaneidad y sensibilidad. Por ejemplo, el mediador puede verse en la necesidad de adaptar su vocabulario y la estructura de las frases al nivel de educación o cultura de un individuo concreto. La capacidad comunicativa es muy importante para el mediador, ya que las entrevistas, a través de las cuales se desarrolla la negociación, es un proceso interactivo, entre el mediador y sus clientes, que envuelve muchos aspectos. No sólo incluye el hablar y el escuchar; también incluye gestos, posturas, expresiones faciales y otras conductas comunicativas. La capacidad analítica e interpretativa es más accesible para unos que para otros, pero su dominio requiere un trabajo intenso, incluso para las personas con mente analítica. Para dar sentido a toda la información obtenida, tanto en las entrevistas personales como en las negociaciones conjuntas, aquella información debe recibir un tratamiento

716 J. GARCÍA ALBA «La mediación familiar desde la perspectiva Psicosocial». *Documentos de trabajo social: revista de trabajo y acción social.* Nº 23. 2001, pág. 81.

717 R. LÓPEZ SAN LUIS. *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares. Mediación y custodia compartida. Aspectos jurídicos y psicosociales de la gestión eficaz de los conflictos en la ruptura de pareja*. Granada 2011. Edit. Comares, pág. 48.

sistemático y lógico. Hay que formular y probar hipótesis sobre la solución del conflicto[718], durante las entrevistas individuales y después de ellas, etc.

La neutralidad del mediador exige el mantenimiento íntegro de su cometido de asistencia a las partes sin dejarse implicar ni llevar ni por una parte ni por la otra. El mediador debe actuar concienzudamente con el fin de mantenerse en una «posición central». Un mediador no es ciertamente neutral si con su actitud se adapta, sin criterio, a todas las combinaciones y acoplamientos que le sugieran las partes. El mediador no es elemento acomodaticio y, por tanto, pasivo, quieto e inexpresivo. Muy al contrarío, debe actuar activamente en la gestión del proceso de mediación y en las discusiones, en ocasiones estimulando a las partes, en otras calmándolas. Por tanto, dicha neutralidad no es equivalente a remisión y falta de implicación. El mediador no puede dejar de implicarse, lo que no es obstáculo para que mantenga una posición de imparcialidad en el modo de conducir activamente a las partes a través de las actuaciones que permitan alcanzar el acuerdo. EI mediador obtiene su imparcialidad mediante la adopción de concretas técnicas entre las que se halla la de abstenerse de formular juicios o enjuiciamientos. El mediador se «debe» al acuerdo. No a una de las partes. Mantiene el equilibrio entre ambas partes en la situación de crisis familiar. Controla el acuerdo antes que su contenido. No acepta la definición unilateral de ninguna de las dos partes. Les ayuda a desarrollar opciones en orden a resolver sus problemas y no ha de mantener secretos con ninguna de las partes. Además, el mediador debe ser proclive a crear dudas en las partes con el fin de conducirles a una definición coparticipada de la situación controvertida evitando el reproche recíproco y la consiguiente recíproca ausencia de responsabilidad personal. El

718 M. de ARMAS HERNÁNDEZ. *La mediación en la resolución de conflictos… Op. cit.*, pág. 130.

mediador asume el cometido de concretar imparcialmente cuanto han expresado las partes, para lo[719] cual ha de controlar las más diversas tentativas de las partes con el fin de asumir cometidos legales (o de similitud judicial) o terapéuticos.

Los profesionales que se consideran adecuados en este tipo de procesos son los relacionados con los asuntos de familia en una un otra faceta, esto es psicólogos[720] especializados en conflictos de pareja o abogados especialistas en derecho de familia[721].

13.5.2. Partes o clientes

En esta materia especial, se trata de dos cónyuges o como estamos reiterando, en relación a la situación de la sociedad actual, que todo lo indicado respecto al matrimonio, se hace extensivo a la pareja de hecho, crisis de convivencia, etc… puesto que se trata de conflictos[722] entre personas en esta situación. En consecuencia, el ámbito de aquel requerimiento queda subrayado normalmente por dos hechos: a) Se trata de unos cónyuges (pareja de hecho…) en situación de conflicto; b) que buscan una solución negociada a dicho conflicto.

13.5.3. Otros posibles participantes

13.5.3.1. La mediación y los menores

La tutela de los legítimos intereses de terceros. Especial referencia a los hijos:

719 J. ESCRIVÁ-IVARS; *Matrimonio y Mediación familiar… Op. cit.*, pág. 146.

720 T. BERNAL SAMPER. *Op. cit.*, pág. 42.

721 Realizando referencia en Aragón, no existe númerus clausus. Ley 9/2011 de 24 de marzo. Art 8, que luego expondré.

722 M.P, GARCÍA-LONGORIA y SERRANO; A. SÁNCHEZ URIOS. *La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares… Op. cit.*, pág. 265.

No hay que olvidar la tutela a los intereses legítimos de terceros, con especial referencia a los hijos[723]. Se considera que[724] la información a los hijos es optativa, por lo que sólo si los padres acceden tiene lugar el encuentro con los menores. El objetivo es dar a conocer a los hijos que es lo que sus padres hacen en mediación; cómo intentan conseguir acuerdos, aunque elementos emocionales les dificulten pensar con racionalidad. Se les explica cómo pueden ayudar a sus padres, no interviniendo en el conflicto que estos mantienen, al no tomar partido por ninguno. Si son hijos mayores, y una vez que los padres han concluido con los acuerdos relacionados con la manera en que se ocuparán de ellos, resulta útil preguntarles si les parece bien la forma acordada o la opinión al respecto.

No obstante existe doctrina que en sus estudios[725] considera imprescindible la audiencia al menor. No es función específica del mediador dar cumplida respuesta a todas las facetas e implicaciones emocionales que la separación de los cónyuges pueda acarrear a los hijos; esa es una tarea más propia de especialistas en psicología o psiquiatría o terapia familiar. Sí es responsabilidad y tarea específica del mediador, en cambio, procurar que la solución jurídica al problema de los padres afecte lo menos posible a los hijos y preservar y establecer las bases para una buena relación entre los esposos en el futuro y, por tanto, procurar la adecuada defensa de esas estructuras familiares susceptibles de protección y conservación (relaciones abuelos—nietos,

723 M. GARCÍA TOMÉ. *La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar… Op. cit.*, pág. 110.

724 I.D.GLICK; E.M. BERMAN; J.F. CLARKIN; S.R. DOUGLAS. *Terapia conyugal y familiar.* Madrid, 2003. Edit. Libros Princeps. Aula Médica. Madrid, 2003, pág. 313.

725 P. ORTUÑO MUÑOZ; *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Madrid, 2006. Edit. Thomson-Civitas, pág. 119. *En su referencia la LEC art. 770.4ª.*

etc.). Incluso parte de la doctrina[726] añade la importancia de la determinación de los acuerdos para el futuro con los hijos[727], siendo necesario para llegar a estos acuerdos la educación de los padres en este sentido.

Se entiende conveniente[728] que las parejas con hijos deberían mantener un contexto adecuado donde resolver sus discrepancias, de manera que puedan poner fin a su relación de pareja y acordar como organizar conjuntamente la atención y el cuidado que sus hijos necesitan. Los sufrimientos que conlleva toda crisis familiar, lleva a abogar por una rápida resolución de los conflictos familiares y a tratar de minimizar el impacto sobre los hijos. La mediación es un proceso que conduce a evitar enfrentamientos innecesarios entre las partes, repercutiendo beneficiosamente en la estabilidad emocional de los menores, consolidando un entendimiento paterno-filial después de la ruptura y garantizado el derecho-necesidad de los hijos a conservar al progenitor, ya que mientras la relación de pareja termina, la relación parental continúa y los padres deben seguir ocupándose conjuntamente de los hijos, es decir ambos son responsables por igual del desarrollo de los menores. Traducir este planteamiento al campo legal sería la posibilidad de compartir la guardia y custodia sin necesidad de que uno solo de los padres la ejerza.

Los hijos se ven afectados siempre por la separación de sus padres, pero el perjuicio de estos será diferente según se gestione el conflicto, y si se intenta evitar costes emocionales[729]. No hay

726 J.M. HAYNES. *Fundamentación de la Mediación Familiar… Op. cit.*, pág. 133.

727 M.M. ROBLEDO BUCIO. «Profesores y mediación familiar como alternativa para una mejor adaptación de los niños ante el divorcio». *Rev. Intervención psicoeducativa en la desadaptación social.* Nº 3. 2010, pág. 33.

728 M.J. RUIZ MARIN. «Mediación y Protección de menores en Derecho de Familia». Madrid, 2005. Edit. Consejo General del Poder Judicial, pág. 140.

729 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1456.

que olvidar en ningún momento las necesidades de los hijos, y tener en cuenta que debe invocarse el interés de los hijos por los progenitores en beneficio de dichos menores, y no de ellos mismos, ya que muchas veces lo que es mejor para los padres no lo es también para los hijos, e igual sucede en otros casos a través de la intervención judicial.

Como he indicado en el apartado de antecedentes, se debe poner esto en relación con el derecho del menor a ser oído, ya que los niños en la separación de los padre tienen necesidad de estar informados y seguros, así como estar preparados respecto de los cambios que se van a experimentar.

Hay que tener en cuenta que las crisis familiares no se solucionan únicamente desde el mundo del derecho, siendo necesaria en ocasiones la intervención de otros profesionales que ayuden a encauzar la situación. Así se indica que para conseguir en la sociedad una baja conflictividad no es necesario que no existan conflictos, sino que exista un manejo constructivo de los mismos evitando los extremos, es decir se pone de manifiesto la importancia que tienen las estrategias para el manejo de dichos conflictos y su efectividad en función de la forma que se enfoque su resolución[730]. Parece que la opción de desjudicializar, en la medida de lo posible, la vida es algo que está en la actitud de los ciudadanos, y seguramente con las herramientas necesarias y la potenciación de una cultura que fomente los valores mencionados, podría definir un escenario más optimista. No se trata tanto de buscar soluciones a través de modificar las leyes sino de apostar por un cambio cultural.

730 M.C. BARRANCO AVILÉS. «Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños». *Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Instituto Madrileño del Menor y la Familia.* Madrid, 2006. La escritora en su estudio, realmente hace referencia a Marc Howard Ross, autor de *La Cultura del Conflicto,* pág. 163.

En este sentido la mediación familiar, se postula como un modelo de resolución de conflictos que recoge los principios mencionados, y además se considera como mediación jurídica[731] puesto que: se encuentra definida por Ley, los mediadores son miembros de colegios profesionales, los abogados son en la mayoría de los casos intervinientes en el proceso.

13.5.3.2. El recurso al asesoramiento externo

La negociación de determinadas cuestiones puede requerir, en ocasiones, unos conocimientos técnicos que las partes no poseen. Aparece entonces la figura del experto en la negociación de sus intereses, suministrándoles información y, en su caso, argumentos para defender su legítima posición.

Los expertos, que realmente son asesores, podrían, en ciertas negociaciones muy técnicas (económicas, fiscales, etc.), y podemos preguntarnos si es este sentido pueden considerarse negociadores. La respuesta viene dada por el principio de voluntariedad. La intervención de expertos como negociadores en el proceso debe ser aceptada por ambas partes y por el mediador, atendidas las especiales circunstancias del caso.

En este caso excepcional, las partes deben aceptar voluntariamente la intervención de terceros como negociadores en el proceso y comprometerse a aceptar el resultado de dicha negociación. Un paso previo para esa aceptación es informarles adecuadamente de las características de la misma y del procedimiento a seguir. Si las partes en conflicto no aceptasen de forma voluntaria la intervención de terceros, ésta ni puede ni debe llevarse a cabo.

731 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1458.

13.5.3.2.1. Participación del abogado en la mediación: mediador o asesor jurídico

Ante un caso susceptible de solucionarse a través de la mediación, el abogado puede, sin duda, proponerse a sí mismo como mediador ante las partes. En tal caso no podrá asesorar o defender a ninguna de ellas y su labor consistirá, en síntesis, en colaborar con las partes a obtener las distintas opciones posibles para alcanzar un acuerdo.

Puede darse la circunstancia o casuística de un abogado[732] que asume un proceso *no formal* de mediación, en este caso, debe considerarse más un consejero que un jurista. Aunque, como es obvio, sus mejores condiciones y su técnica jurídica deben estar siempre al servicio de las partes y resultan absolutamente necesarios para el asesoramiento, redacción etc… de las estipulaciones del acuerdo o convenio regulador de las futuras relaciones entre los esposos.

He señalado que el mediador es un tercero neutral. Por tanto, si el abogado se propone a sí mismo como mediador, su neutralidad debe ser percibida claramente por las partes en conflicto, y éstas deben apreciar que el profesional no tiene preferencias ni prejuicios hacia ninguna de ellas. Si el letrado se ha propuesto a sí mismo como mediador, y la negociación entre las partes fracasa y se opta por una solución litigiosa del conflicto, el abogado debe renunciar a la representación letrada de cualquiera de las dos partes.

Otra función posible del abogado es la de asesor jurídico de una de las partes. En este caso, el abogado, previo acuerdo con su representado y la representación letrada de la contraparte, pro-

732 A. SERRANO MOLINA. *El abogado ante los retos de la mediación familiar. Reto de la abogacía ante la sociedad global.* Madrid, 2012. Edit Civitas, pág. 1746.

pone a su representado la mediación de un tercero. A partir de ese momento, la labor del abogado es asesorar a su representado a lo largo del proceso de negociación. Si la mediación termina con éxito, el abogado también deberá controlar el proceso de validación legal del acuerdo alcanzado.

En todos los casos[733], el abogado se ocupa de encontrar la vía legal más idónea para la resolución del problema, pero la fuerte carga emocional de los clientes dificulta dicha labor; esta situación retrasa la gestión del problema legal. En el supuesto en que nos encontramos actúa como asesor en el centro de mediación, asesorando a las parejas que van a la mediación. El abogado puede apoyar dicha mediación en tres momentos distintos: Antes de comenzar la mediación, enviando aquellos casos susceptibles de poder beneficiarse de esta medida; Durante el proceso de mediación, para apoyar el mismo dando información legal neutral a las partes; Una vez realizado el proceso, después de concluido el mismo, para tramitar el convenio regulador donde se concretan los acuerdos consensuados alcanzados por las partes.

Puedo añadir que un profesional con formación en psicología, así como formación en profesión de abogacía podría bien representar el perfil de mediador. El psicólogo no actúa como terapeuta, ni el abogado como representante legal, ambos enfocan su atención a los temas conflictivos que tienen que resolver.

El papel del abogado puede existir una vez finalizado el proceso de mediación[734], y consistirá básicamente en dirigir el proceso judicial por la vía consensual. Ante un caso susceptible de solucionarse a través de la mediación, el abogado propio

733 T. BERNAL SAMPER. *La mediación. Una solución… Op. cit.*, pág. 35.

734 Artículo de opinión, publicado por PIQUE Abogados. «Mediación familiar: Un recurso para la resolución de conflictos familiares». Rev. Economist & Jurist. Nº 10. 1997, pág. 32.

podría, sin duda, proponerse a sí mismo como «mediador» ante las partes. En ese caso no podrá asesorar o defender a ninguna de ellas y su labor consistirá, en síntesis, en mostrar las distintas opciones posibles para alcanzar un acuerdo, identificar y objetivar los puntos de conflicto, facilitar la comunicación entre las partes y, finalmente, redactar los acuerdos alcanzados.

El abogado[735] que asume un proceso no formal de mediación, debe considerarse más un consejero que un jurista. Aunque, como es obvio, sus mejores conocimientos y técnica jurídica deben estar siempre al servicio de las partes y resultan absolutamente necesarios para el asesoramiento, redacción, etc. de las estipulaciones del acuerdo o convenio regulador de las futuras relaciones entre los esposos.

Como he señalado el mediador es un tercero neutral, por tanto, si el abogado se propone así mismo como mediador, su neutralidad debe ser percibida claramente por las partes en conflicto, éstos deben apreciar que el profesional no tiene preferencias ni prejuicios hacia ninguna de ellas. Si el letrado se ha propuesto a sí mismo como mediador y la negociación entre las partes fracasa y se opta por una solución litigiosa del conflicto, el abogado debe renunciar a la representación letrada de cualquiera de las dos partes.

Otra función posible del abogado es la de asesor jurídico de una las pastes. En este caso, el abogado, previo acuerdo con su representado y la representación letrada de la contraparte, propone a su representado la mediación de un tercero. A partir de ese momento, la labor del abogado es asesorar a su representado a lo largo del proceso de negociación. Si la mediación termina con éxito, el abogado también deberá controlar el proceso

735 C. MARQUÉS CEBOLA. *La mediación*. Madrid, 2013. Edit. Marcial Pons, pág. 235.

de validación legal del acuerdo alcanzado. Las personas deben aceptar voluntariamente la mediación y, un paso previo para esa aceptación es informarles adecuadamente de las características de la misma y del procedimiento a seguir. Si las partes en conflicto no aceptan de forma voluntaria la mediación, ésta ni puede ni debe llevarse a cabo.

Por último, debo indicar que la mediación tampoco puede reemplazar otras opciones pacíficas o consensuadas y extrajudiciales de resolver conflictos, ni puede servir para todos los casos, ni puede sustituir la vía judicial. Pero sí se ha revelado como un medio adecuado para resolver conflictos: no sólo por el alto porcentaje de acuerdos que se consiguen a través de ella, sino también por el alto grado de cumplimiento de los acuerdos y el nivel de satisfacción de las partes.

XIV. LEGISLACIÓN

14.1. LEGISLACIÓN SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR

14.1.1. Ámbito normativo. Regulación legal

El recurso a la mediación tiene ya una cierta tradición en Europa y, anteriormente en los países de que es originaria, los EE. UU. y Canadá. Precisamente la difusión del fenómeno ha propiciado que se utilicen modelos distintos: en algunos casos tiene carácter público y gratuito (como sucede en Andorra, Finlandia, Noruega, Suecia, Alemania —en algunos casos—, Polonia, y Eslovenia), en otros privado y retribuido (tal como Francia, Inglaterra y Alemania —no siempre—, y Austria). Además el recurso a tales organismos o personas mediadores suele ser voluntario, salvo el caso de Noruega en que se impone obligatoriamente con carácter previo a la vía judicial[736].

14.1.2. Recomendación Europea

Debemos referirnos a la Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros de Consejo de Europa[737] sobre la Mediación Familiar

736 I.TENA PIAZUELO. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Op. cit.*, pág. 4973.

737 E.SOUTO GALVÁN. *Mediación Familiar*. Madrid, 2012. Edit. Dykinson. Madrid, pág. 152.

(adoptada por dicho Comité el 21 de enero de 1998, después de la 616 reunión de los delegados de los Ministros).

Objeto.

Fue elaborada, atendiendo el art. 15.b del Estatuto del Consejo de Europa, y ello debido al número creciente de litigios familiares, sobre todo los derivados de una separación o de un divorcio, así como las perjudiciales consecuencias de los conflictos para las familias, y el coste social y económico para los Estados[738]. Para su elaboración se han tenido en cuenta los siguientes aspectos:

a.– Se considera necesaria para garantizar la protección de los principios superiores y del bienestar del niño, el ya mentado interés del menor[739], ratificada en los instrumentos internacionales, debido principalmente, a los problemas que derivan de una separación o de un divorcio en materia de custodia y de derecho de visita.

b.– Teniendo en cuenta el desarrollo de vías de arreglo amistoso de los litigios, así como el reconocimiento de la necesidad de reducir los conflictos en interés de todos los miembros de la familia.

c.– Reconociendo las características específicas de los litigios familiares, es decir:

— En estos litigios se hallan implicadas personas que, por definición, están llamadas a mantener relaciones interdependientes que continuarán en el tiempo.

— Los litigios familiares surgen en un contexto emocional penoso que los agudiza.

738 Anexo normativo. En *Prácticum mediación*. *Op. cit.*, pág. 621.

739 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1456.

— La separación y el divorcio repercuten en todos los miembros de la familia, especialmente en los niños.

d.– Refiriéndose a la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños, en particular el art. 13 de dicha Convención que se refiere a la posibilidad de ofrecer el recurso a la mediación o a otros métodos de resolución de los conflictos relacionados con los hijos.

e.– Teniendo en cuenta los resultados de la investigación en tornos al uso de la mediación y de otras experiencias en este ámbito desarrolladas en varios países que muestran cómo, llegado el caso, el recurso a la mediación familiar puede:

— Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia.

— Reducir los conflictos entre las partes en litigio.

— Dar lugar a arreglos amistosos.

— Asegurar los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes en sí, así como para los Estados.

— Reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos.

f.– Subrayando la internacionalización creciente de las relaciones familiares y los problemas totalmente específicos relacionados con este fenómeno.

g.– Debido a que un cierto número de Estados tienen previsto instituir la mediación familiar.

h.– Necesidad de un mayor recurso a la mediación familiar, proceso en el que un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las propias partes en la negociación sobre las cuestiones que son objeto de litigio para llegar a acuerdos comunes.

i.– Recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

— Instituir o promover la mediación familiar, o si ya se diese el caso, reforzar la mediación existente.

— Tomar o reforzar cualquier medida que estimen necesaria con el fin de asegurar el cumplimiento de los principios que siguen a continuación para la promoción y la utilización de la mediación familiar en tanto que mecanismo apropiado de resolución de los litigios familiares.

Principios.

Su campo de aplicación hace referencia al conjunto de litigios que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, tanto si están unidos por lazos de sangre como por el matrimonio, y entre las personas que tienen o han tenido relaciones familiares tal como están definidas por la legislación nacional, debido a las nuevas estructuras[740] de la familia.

Los estados tienen plena libertad para determinar cuáles son los temas o los casos cubiertos por la mediación familiar.

Sobre la organización de la mediación, en principio no debería ser obligatoria. Los Estados son libres de organizar y de instituir la mediación que estimen apropiada, tanto en el ámbito del sector público como del privado.

Sin perjuicio de la manera como se instituye la mediación, los Estados deberían procurar que existiesen mecanismos apropiados que garanticen la existencia de procedimientos para la selección, formación y cualificación de los mediadores, y de normas para práctica correcta que deberán ser elaboradas y seguidas por los mediadores.

Los Estados deberían facilitar la aprobación de los acuerdos de mediación por la autoridad jurídica o por cualquier autoridad

740 G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de Familia… Op. cit.*, pág. 1445.

competente cuando las partes lo soliciten, así como procurar los mecanismos de ejecución de estos acuerdos conforme a la legislación nacional. En este sentido, se debería reconocer la autonomía de la mediación, y establecer mecanismo que permitieran la interrupción del procedimiento judicial pendiente con el fin de instaurar la mediación, asegurando en estos casos, que la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente conserve el poder de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes o de sus hijos, o de su patrimonio. Sobre la promoción y acceso a la mediación, procedería promover el desarrollo de la mediación familiar, especialmente a través de programas de información ofrecidos al público, teniendo libertad para establecer métodos particulares.

En consecuencia, podemos comprobar que en esta recomendación, se define la mediación, indicando que trata de la solución de los conflictos que pueden producirse entre los miembros de una misma familia. Dicha recomendación considera la mediación como un proceso en el que un tercero (es decir el mediador), que no está directamente implicado en la cuestión conflictiva, facilita la discusión entre las partes intentando ayudarlas a resolver sus dificultades y lograr un acuerdo[741].

14.1.3. Referencia a la legislación general en España

Con la Ley 15/2005[742] por la que se modificaron el código civil, la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio ha surgido un auténtico clamor parlamentario a favor de impregnar la modificación del CC y de la LEC con el instituto de la mediación familiar. A ella alude de un modo un tanto

741 I. TENA PIAZUELO, Isaac. «Los efectos colaterales de las reformas. La mediación familiar». *Estudios de derecho judicial*. Nº 130. 2007, pág. 222.

742 Publicada en *BOE* 9 de Julio de 2005. *BOE* Nº. 163.

ejemplificador la exposición de motivos de la Ley 15/2005[743]. La mediación familiar pretende, según la exposición de motivos de la Ley 15/2005, reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor. Con esa finalidad se caracteriza la mediación familiar, en la exposición de motivos de la Ley 15/2005, como «un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral».

La mediación familiar, pretende ser la nueva solución, que hará más llevadera las situaciones de crisis familiares. Y por ello se ha incluido en la Ley 15/2005[744] una disposición final tercera en la que manda al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un proyecto de rey sobre mediación familiar, basada en los principios Establecidos en las disposiciones de la Unión Europea y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

Con la disposición final tercera de la Ley 15/2005, todo está por hacer a nivel estatal. Y, porque solo está por hacer, es por lo que, según la literalidad de la disposición final tercera, se «remitirá» a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre mediación familiar; para lo cual se acudirá a una legislación especifica que, según también la literalidad de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, se ha de basar en los principios establecidos en las

743 N.M. DENTICI VELASCO; A.M. LORCA NAVARRETE. *Op. cit.*, pág. 98.

744 A.M. LORCA NAVARRETE; N.M. DENTICI VELASCO. *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva «ley de Divorcio» de 2005, con especial referencia a la mediación familiar (ley 15/2005 de 8 de Julio por la que se modifica el Código Civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y las leyes y disposiciones autonómicas sobre mediación familiar*). San Sebastián. 2005. Edit.. Instituto Vasco de Derecho Procesal, pág. 149.

disposiciones de la Unión Europea y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

La doctrina[745] indica que esta Ley de 2005, considera la mediación como metodología singular distinta de la controversia judicial y la actual negociación de los abogados.

En cuanto a legislación general reciente, sobre mediación, consta la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[746], cuya exposición de motivos indica textualmente: *Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.*

Dicha Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

Como resumen, que consta en la indicada Exposición de motivos, se refleja que el articulado, se estructura en cinco títulos.

En el título I, bajo la rúbrica «Disposiciones generales», se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones

745 P. ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial… Op. cit.*, pág. 107.

746 *BOE* Nº 162, de 7 de Julio de 2012.

de mediación. El título II enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador. El título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores. El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto. Finalmente, el título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo. Las disposiciones finales une la regulación con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales.

Esta legislación ha sido desarrollada mediante Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determi-

nados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[747].

Y asimismo constan Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación[748] y Ley 7/2017, de 2 de noviembre[749], por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

14.1.4. Comunidades Autónomas

14.1.4.1. Andalucía

Cuenta con la Ley 1/2009 de 27 de febrero reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía[750]. La cual según determina en su exposición de motivos, debido a los cambios en la sociedad y la evolución de la familia, pretende buscar vías alternativas en la resolución de conflictos, así como ofrecer recursos preventivos, teniendo siempre presente el bienestar de la infancia y su protección.

Apunta para su aplicación artículos de legislación concordante, como el ya mentado art. 39 CE y en el caso de dicha comu-

747 *BOE* Nº 310, de 27 de diciembre de 2013.

748 *BOE* núm. 113, de 9 de mayo de 2014.

749 *BOE* núm. 268, de 04/11/2017.

750 Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, Boletín número 50 de 13/03/2009. Posteriormente desarrollada por Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Boletín número 46 de 07/03/2012.

nidad, El Estatuto de Autonomía para Andalucía[751] garantiza en su art. 17 la protección social, jurídica y económica de la familia, y el art. 150 determina que la Junta de Andalucía podrá establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia.

En dicha Comunidad Autónoma[752], se dieron los primeros pasos en mediación familiar e intergeneracional en el año 2001[753], con la puesta en marcha del primer programa de mediación familiar.

Define la mediación como *«un procedimiento de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo, que les permita resolver el conflicto que las enfrenta, sin necesidad de someterlo a una autoridad judicial. Por tanto, se realiza entre personas que consienten libremente su participación y de las que dependerá exclusivamente la solución final. El proceso se lleva a cabo con el apoyo de una tercera persona, que desempeña el papel de mediadora y está sujeta a principios como la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad».*

---

751 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

752 S. NEBREDA DÍAZ de ESPADA; E. SANTA MARÍA VIZOSO. «Tomando contacto con la mediación familiar en Andalucía y su demostrada utilidad en conflictos intergeneracionales». *Documentos de trabajo social: revista de trabajo y acción social*. Nº 30. 2003, pág. 49.

753 Se encuentra su regulación mediante la Orden de 3 de marzo de 2006 de la Junta de Andalucía. por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para la financiación de programas específicos de atención a menores y familias en dificultad, la cual incluso define el programa: *La mediación familiar e intergeneracional es un procedimiento de resolución de conflictos en el que los miembros de una pareja en proceso de separación u otros miembros de la familia en situación de conflicto intergeneracional acuerdan voluntariamente que un profesional especializado, imparcial y neutral (mediador o mediadora) les ayude a alcanzar por sí mismos un acuerdo mutuamente aceptado, que contemple las necesidades todas las personas implicadas, especialmente las de los hijos e hijas.*

No obstante deja claro que no es solo un instrumento para gestionar y solucionar los conflictos derivados de situaciones de separación, ruptura de pareja o divorcio ya que Existen otras situaciones que generan también conflicto en el seno de la estructura familiar y a las que se puede dar respuesta a través de la mediación familiar.

Se estructura en cinco capítulos, en los que se contemplan, en el Capítulo I las disposiciones generales, el objeto y ámbito de aplicación de la Ley, el concepto de mediación familiar y su finalidad, las partes legitimadas para acceder a la mediación, así como los derechos y deberes de las partes en conflicto. En el Capítulo II se detallan los principios que inspiran la mediación familiar, tales como la voluntariedad de las partes de acceder a la mediación, el interés de las personas menores de edad y de las personas en situación de dependencia, la imparcialidad de la persona mediadora en sus relaciones con las partes en conflicto, su neutralidad respecto al resultado del acuerdo, la confidencialidad de la información obtenida a través de la mediación, su carácter personalísimo, la buena fe en todos los intervinientes y la flexibilidad del procedimiento. El Capítulo III viene referido a las personas mediadoras, a los equipos, a los derechos y deberes de la persona mediadora, a la abstención y recusación, y al Registro de Mediación Familiar de Andalucía. El Capítulo IV trata del procedimiento y contraprestación de la mediación familiar, deteniéndose especialmente en diversos aspectos relativos al inicio, desarrollo, duración y finalización de dicho procedimiento. Por su parte, el régimen sancionador aplicable se encuentra en el Capítulo V.

Por último, la Ley contiene una disposición adicional, que prevé la creación de un órgano de participación en las actuaciones de mediación familiar en Andalucía; una disposición transitoria, de habilitación de aquellos profesionales que ya vengan

realizando actuaciones de mediación familiar, y dos disposiciones finales, la primera de ellas relativa al desarrollo reglamentario de la Ley, y la segunda que establece su entrada en vigor.

Como desarrollo de la misma consta Decreto 37/2012[754], de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Decreto 65/2017, de 23 de mayo[755], por el que se modifica el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, y se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

14.1.4.2. Asturias

Ley 3/2007 de 23 de Marzo del Principado de Asturias de mediación familiar[756], la cual en su Preámbulo hace constar que la mediación familiar aparece como uno de los procedimientos alternativos a la vía judicial de solución de conflictos, cuyo fundamento para esta comunidad, se encuentra en el artículo 10.1.24 del Estatuto de autonomía[757], que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las materias de asistencia y bienestar social.

Se define la mediación familiar como procedimiento de solución de conflictos que presenta numerosas ventajas para el ciudadano por su sencillez, su rapidez y el ahorro de costes que supone en relación con los procesos judiciales tradicionales.

---

754 BOJA Núm 46 de 07/03/2012.

755 BOJA Núm 100 de 29/05/2017.

756 Boletín oficial del Principado de Asturias, 9 abril de 2007.

757 «Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias» según la Reforma aprobada por Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero. *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 1999.

Desde esta misma perspectiva, la mediación familiar también presenta ventajas para la Administración de Justicia, en tanto que evita o reduce el número de litigios, tanto en su fase declarativa como en la fase posterior de ejecución. En este caso la Ley no incluye ninguna disposición de carácter civil o procesal al carecer de competencias para ello dicha comunidad (materias sobre las que el Principado de Asturias carece de competencias).

Se considera por tanto trascendente la derivación por parte de jueces y magistrados, y se opta por un ámbito de aplicación que cubra todos aquellos conflictos que puedan surgir entre los miembros de una familia, sea ésta matrimonial o no, y que permita alcanzar acuerdos en todas aquellas cuestiones que sean disponibles para las partes. Junto a ello, resultan fundamentales las disposiciones que establecen los principios reguladores esenciales de la mediación familiar y que inspiran tanto el procedimiento de la mediación como los derechos y obligaciones que se van a derivar para las partes y para el mediador familiar.

Considera en este caso que la mediación constituye, por definición, un instrumento informal de solución de conflictos, que no puede estar regido por rígidas reglas procedimentales. Por ello, a Ley únicamente recoge normas mínimas de funcionamiento, que sirvan para garantizar al menos los principios esenciales de la mediación. Así, dentro del desarrollo de la mediación familiar, se fija cómo puede iniciarse la mediación familiar y en qué supuestos resultaría inviable un proceso de este tipo. Se regula a continuación el procedimiento que debe seguirse, partiendo siempre de su flexibilidad y de la voluntariedad del mismo. En este contexto, particularmente importante resulta el derecho a la información que tienen las partes sobre las consecuencias, los costes y los derechos y deberes derivados de la misma. También resulta esencial especificar el carácter de los acuerdos alcanzados y la posibilidad, en su caso, de que sean

homologados judicialmente. La acreditación de la condición de mediador familiar constituye un aspecto fundamental de la presente Ley, sobre todo, en orden a uniformar las condiciones de acceso a la profesión. Destaco por tanto que trata especialmente el asunto de la profesionalización.

Expone que a través del Centro de Mediación Familiar[758] se asumirán, entre otras, funciones de promoción de la mediación, de gestión del Registro de Mediadores Familiares y de calificación de la formación.

14.1.4.3. Baleares (Islas Baleares)

Ley 14/2010 de 9 de diciembre de mediación familiar de las Illes Balears[759], la cual comienza como en otros casos, por la exposición sobre los cambios sociales en la familia[760], y por ello presenta la mediación familiar como un instrumento que posibilita la conciliación de manera amistosa en los conflictos que puedan surgir en el seno de la familia para preservar su estabilidad.

En cuanto a legislación concordante remite como en anteriores ocasiones al art. 39 CE, y sobre dicha comunidad, su Estatuto de Autonomía[761] que atribuye a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears la competencia exclusiva de la protección social de la familia.

---

758 En el año 2010 se pone en marcha el Centro de Mediación Familiar, para facilitar el próximo año el acceso de los ciudadanos a la vía extrajudicial para la resolución de conflictos de familia con la puesta en marcha del Centro de Mediación Familiar, adscrito a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda.

759 *Boletín Oficial Islas Baleares* Núm. 183 – 16 de diciembre 2010.

760 Debemos tener en cuenta también la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar, así como: Decreto 66-2008 Reglamento.

761 Estatuto de Autonomía Illes Balears, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

Define o indica como concepto de mediación[762] indicando que es un procedimiento que consiste en la intervención de terceras personas imparciales y expertas que ayudan a las partes a conseguir por sí mismas soluciones amistosas en sus conflictos. El mediador no adopta ninguna decisión por sí mismo, sino que son las partes las que deciden y consiguen o no acuerdos sobre el conflicto que mantienen.

La Ley opta por un ámbito de aplicación amplio que incluye no sólo los conflictos originados en las situaciones de ruptura de pareja —tanto si se trata de matrimonios como de parejas de hecho— sino también otras circunstancias conflictivas que se pueden producir en el medio familiar.

Dicha legislación se estructura en cuatro títulos. El título I establece unas disposiciones generales relativas a regular la mediación familiar, el título II regula el procedimiento de mediación familiar. Este título se divide en cuatro capítulos que regulan causas de incompatibilidad de las personas mediadoras. Las obligaciones de los mediadores y de los sujetos de la parte familiar en conflicto, así como que se recogen las normas procedimentales. Seguidamente regula el título III la organización administrativa del Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears[763] y consta de tres capítulos, se regula el Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears, que se define como una entidad sin personalidad jurídica propia y adscrita a la consejería competente en materia de familia, y que tiene por objeto promover, administrar

762 P.A.MUNAR BERNAT; C.LASARTE ÁLVAREZ; A. DONADO VARA; M. F. MORETÓN SANZ; F. YÁNEZ VIVERO (Coord.) *Notas sobre la proyectada regulación de la mediación familiar en las Islas Baleares. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Sevilla, 2004, pág. 84.

763 Ya creado según el artículo 25 de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar (BOIB nº 170, de 30 de noviembre), que constituyó el Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears.

y facilitar el acceso de la ciudadanía a la mediación familiar. Se regulan, por un lado, los requisitos de los mediadores y, por otro, el régimen jurídico de los centros de mediación, y se fija qué tipo de entidades se pueden constituir en dichos centros. Regulan el Registro de Mediadores y el Registro de estos centros, de Colegios Profesionales y de Entidades Públicas o Privadas, y se determina que la organización, la gestión y las funciones de estos registros se desarrollarán reglamentariamente.

14.1.4.4. Canarias

Ley 3/2005 de 23 de Junio[764] para la modificación de la Ley 15/2003 de 8 de abril de la mediación familiar[765]. El preámbulo de esta Ley, determina las bases de la misma indicando, de nuevo referencias sobre los cambios en la sociedad actual y por tanto en la estructura familiar, al respecto aludiendo también que los conflictos familiares resultan traumáticos. Considera claro que la indicada problemática deben ser remediados mediante la búsqueda de mecanismos que coadyuven a la estabilidad familiar, y en su consecuencia indica que la mediación familiar supone una fórmula para resolverlos. Destaca que se mantienen las responsabilidades de cada miembro de la familia, y especialmente con los más dignos de protección, que son los hijos. Esta Ley, opta por definir la mediación como un sistema voluntario y extendido a cualquier conflicto entre familiares. Destaco que esta Ley incluso determina el grado (en concreto «hasta el cuarto grado de consanguinidad»).

La Ley se estructura en un Título preliminar, donde se define en resumen el objeto y concepto de la mediación; Título I, sobre

764 *BOE* 177 de 26.07.2005. Nº 26485.

765 *BOE* núm. 134 Jueves 5 junio 2003.

los mediadores familiares y de las entidades de mediación familiar; Título II, desarrollo de las actuaciones de mediación familiar; Título III, régimen sancionador; Título IV, gratuidad de la mediación; Título V, De la competencia; Título VI, del registro de mediadores, así como Disposiciones finales primera y segunda, determinando su desarrollo reglamentario y entrada en vigor.

Consta desarrollo de la misma según DECRETO 144/2007[766], de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar.

14.1.4.5. Cantabria

Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria[767], determina que la mediación se define como una forma de resolución extrajudicial de conflictos entre personas, caracterizada por la intervención de una tercera persona, neutral e imparcial respecto de las partes en conflicto, que las auxilia en la búsqueda de una solución satisfactoria para ellas, constituyendo una manifestación de los denominados mecanismos no judiciales de solución de controversias.

La presente Ley, trata de dar un ámbito absolutamente integral a esta institución, al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales de la indicada Comunidad Autónoma. Se enmarca en la competencia autonómica plasmada en el artículo 25.5 del Estatuto de Autonomía para Cantabria[768]. Y en cuanto en lo relativo al desarrollo legis-

766 Boletín Oficial de Canarias núm. 114, 8 de junio de 2007.

767 Boletín Oficial Cantabria. Nº 66 de 5 de abril 2011.

768 Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre (*BOE* 11 enero de 1982); modificada por la Ley Orgánica 7/1991 de 13 de marzo (*BOE*14 marzo 1991); modificada por la Ley

lativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas como será la de mediador regulada por la esta Ley, sin poder incidir ni en materias procesales ni en cuestiones de Derecho Civil, reservadas ambas en el artículo 149 de la Constitución Española, al Estado. Además y en lo que afecte a la mediación en el ámbito familiar, se dicta al amparo del artículo 24.22 y 23 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, que atribuyen competencia a ésta Comunidad Autónoma, respectivamente, en materia de «asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer» y de «protección y tutela de menores», en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española. Y expone que tiene su encaje en la competencia que reconoce a la Comunidad Autónoma el artículo 24.32 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, sobre «procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia».

Es destacable que la exposición determina que todo ello es sin perjuicio de otros sistemas de mediación los cuales ya se vienen desarrollando por otras instituciones en esta Comunidad Autónoma, como la realizada en conflictos intergeneracionales o entre familias de menores en casos de tutela, por los Equipos de Evaluación e Intervención dependientes de la Consejería de Empleo y Bienestar Social.

En concreto la Ley se articula en un título preliminar, cuatro títulos, una disposición adicional, una disposición transitoria y dos disposiciones finales, y concreta en concepto de mediación en su art. 2: *Concepto de mediación. A los efectos de la presente Ley, se entiende por mediación aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar*

Orgánica 2/1994 de 24 de marzo de 1994 (*BOE* 25 de marzo de 1994) y modificada por Ley Orgánica 11/1998 de 30 de diciembre (*BOE* 31 de diciembre de 1998).

por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia, con la asistencia de un mediador profesional.

Resumimos esta legislación indicando: el título preliminar se encarga de definir el objeto de la mediación destacando esa visión general y omnicomprensiva de la misma, al amparo de lo que permiten tanto la legislación procesal antes relacionada, como la civil y la administrativa dictadas por el Estado en el ejercicio de su competencia y aplicable en esta Comunidad Autónoma. Contempla, igualmente, los principios que han de informar el procedimiento de mediación, reconoce la posibilidad de actuación concurrente tanto de la Comunidad Autónoma como de las entidades locales y de la denominada Administración corporativa representada por los colegios profesionales, así como de las organizaciones y entidades sociales reconocidas como Centros Sociales de Mediación Familiar de Cantabria, registradas y autorizadas a tal fin. El Título I se refiere a las partes de la mediación, reconociendo tal condición a todos aquellos que tengan la disponibilidad sobre el objeto del procedimiento y estableciendo sus derechos y sus deberes. El Título II se centra en la regulación de las personas mediadoras, condición que se atribuye con un criterio amplio, si bien condicionada a su inscripción en el Registro de Personas Mediadoras y que pueden ostentar, también, los grupos de personas. El Título III contempla el procedimiento de mediación, basado en un criterio antiformalista, pero fijando un plazo máximo de duración que se estima como suficiente para revelar las posibilidades de éxito de la institución en el caso concreto. El Título IV regula la responsabilidad de los mediadores y de las personas que acuden al procedimiento de mediación por vulneración de los deberes que les incumben. Por último, la Disposición Transitoria atiende a la necesidad de reconocer la capacidad de aquellas personas que, con anterioridad a la promulgación de la presente Ley, hubieran venido realizando

actuaciones de mediación, previendo la posibilidad de que se les reconozca la condición de mediadores en circunstancias especiales que se determinarán reglamentariamente.

14.1.4.6. Castilla-La Mancha

Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha[769], la cual se aprueba como se indica en la misma, debido a que a nivel estatal consta la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se enmarca dentro de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación civil, es causa y origen de la necesidad de llevar a cabo una revisión de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar[770].

Tiene por objeto integrar, en una única norma, los distintos ámbitos sociales y familiares de la mediación, concibiéndola para

769 *Boletín Oficial de Castilla-La Mancha* Nº 36 de 23 de febrero de 2015.

770 Siendo ésta la anterior Ley de mediación familiar de dicha comunidad, que se publico Boletín Oficial del Estado, núm. 203 de 25 de agosto de 2005, departamento Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha donde quedaba definida o configurada la mediación como un servicio social especializado incardinable en el programa de familia, cuyo objeto según la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*Diario Oficial de Castilla-La Mancha* 3/1986. Fecha disposición 16/04/1986, Fecha publicación**:** 20/05/1986) e intentaba orientar y asesorar a las familias favoreciendo el desarrollo de la convivencia, siendo dicha Ley elaborada al amparo Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha *BOE* núm. 195 de 16/08/1982). Como antecedente normativo la mediación familiar aparece mencionada en la Ley 5/2011 de 17 de mayo de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas (*BOE* Nº 148 21 junio de 2001) que impone a la Administración Regional la obligación de ofrecer gratuitamente programas de mediación familiar cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Destaco este punto dado que no resultaba común este comentario, puesto que ya he expuesto como no se considera de aplicación la mediación familiar cuanto existe violencia familiar.

ello con carácter amplio y general, como un método de resolución extrajudicial de conflictos entre sujetos de Derecho, a través de la labor conciliadora de una tercera parte: la persona mediadora, que interviene con carácter neutral e imparcial respecto a las partes en controversia, al objeto de alcanzar un acuerdo que satisfaga de forma ecuánime los intereses de uno y otro.

De esta forma, esta nueva ley pretende establecer un servicio social especializado en mediación social, que dé respuesta a conflictos no sólo de carácter familiar, sino también de carácter social. Por ello se hace necesaria la inclusión de otros conflictos que trascienden de la esfera estrictamente familiar, como son los que se producen entre los miembros de la comunidad escolar, los que pueden surgir en el ámbito sanitario o los que puedan originarse entre los responsables de las instituciones y personas usuarias de las mismas. Asimismo se introducen, en títulos diferenciados, otros ámbitos susceptibles de intervención, como son la mediación en la búsqueda de orígenes de las personas adoptadas y la mediación para la conciliación y reparación del daño, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores.

Por tanto entiendo ello como novedad en esta rama de la mediación, ya que la presente Comunidad Autónoma amplía en mucho en campo de actuación.

Consta de 40 artículos y se estructura en cinco títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. En su comienzo el art. 2 indica como concepto: «*A los efectos previstos en la presente ley, se entiende por mediación social o familiar: a) El procedimiento en el que dos o más partes inmersas en un conflicto social o familiar consienten voluntariamente que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y profesional, promueva la comunicación y el diálogo entre las partes y les ayude en la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su controversia. Se entiende por conflicto de carácter social o familiar aquél derivado de*

problemas sociales o familiares en los que estén involucrados menores de edad, personas mayores, personas con capacidad jurídica limitada, así como personas que se encuentren en una situación personal de grave necesidad económica, social o familiar (…)».

Continuando con el resumen de la presente ley: el título preliminar define el objeto de la ley, el concepto de mediación social y familiar señalando los conflictos susceptibles de mediación, el ámbito de aplicación y las funciones de la Administración Autonómica dentro de su capítulo primero, estableciendo en el capítulo segundo los principios que rigen la actividad mediadora y el coste del servicio. El título primero regula la mediación social y familiar estableciendo, en su capítulo primero, los derechos y obligaciones de las partes y de las personas mediadoras y en el capítulo segundo regula el procedimiento de mediación, que se caracteriza por su brevedad y flexibilidad, de forma que pueda adaptarse a la situación concreta respetando la autonomía de la voluntad de las partes, con el objetivo de intentar lograr acuerdos. El título segundo establece las especialidades del procedimiento de mediación en la búsqueda de orígenes por parte de las personas adoptadas, incidiendo en la prestación del servicio por parte de personal propio, en las medidas de apoyo derivadas de la Consejería y en las fases de estos procedimientos. El título tercero está dedicado a la mediación en conciliación y reparación en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores en el cual, partiendo de la necesaria colaboración con el Ministerio Fiscal y los equipos técnicos de fiscalía, se establecen los objetivos del servicio y los plazos que se fijan para estos procedimientos de mediación. Por último, el título cuarto regula el régimen sancionador definiendo los sujetos responsables, estableciendo la tipificación de las sanciones y las clases de sanciones, así como sus criterios de graduación, los plazos de prescripción de infracciones y sanciones y la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

14.1.4.7. Castilla y León

Ley 1/2006 de 6 de abril de Mediación Familiar de Castilla y León[771] y Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento. Su exposición de motivos también comienza con las transformaciones en la familia y la sociedad, por lo que considera justificado la inserción de la formula de la mediación familiar. Esta Ley destaca que la finalidad de la mediación familiar no es la de evitar situaciones de ruptura, no es una terapia, sino la de aminorar las consecuencias negativas que se derivan de las mismas.

Además de referenciar la legislación general, hace indicación de su Estatuto de Autonomía de Castilla y León[772], que establece que corresponde a los poderes públicos de la Comunidad promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Así como a La Ley 18/1988, de 23 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales de la Comunidad[773] que establece como funciones a desarrollar por la Junta de Castilla y León las de protección y apoyo a la familia. En el ámbito concreto de la mediación familiar, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León[774], introdujo, como actuaciones de apoyo familiar la realización de programas de orientación y mediación familiar. Concreta los principios relativos a la misma, ya mentados en anteriores apartados, y debo destacar que los considera «consolidados». También es destacable

771 *BOE* Nº 105 de 3 de mayo de 2006.

772 Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León. *BOE* Nº 52 de 2 de marzo de 1983.

773 *Boletín Oficial de Castilla y León*. Nº 4. 5 enero de 2012.

774 *BOE* Nº 197, 17 de agosto de 2002.

que esta Ley quiere dejar clara la diferencia con la conciliación o el arbitraje.

Se define la mediación familiar como una fórmula adecuadamente contrastada para encauzar de forma óptima los conflictos familiares, y en especial, los de pareja. La finalidad de la mediación no es la de evitar situaciones de ruptura sino la de aminorar las consecuencias negativas que se derivan de las mismas.

También considero destacable, que introduce como novedad la relativa a la posibilidad de que los profesionales de la mediación se constituyan, si lo estiman oportuno, como equipos de personas mediadoras. Tema reiterativo es que La Ley parte de un concepto amplio de los conflictos familiares, todo ello teniendo en cuenta la protección de los intereses de los menores.

La Ley[775] consta de treinta artículos estructurados en siete Títulos, de los cuales el último se subdivide, a su vez, en Capítulos. Asimismo, comprende cinco Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria y dos Finales.

El Título I, denominado «Disposiciones generales», señala el objeto de la Ley y define los conflictos en los que será de aplicación. A continuación establece los principios generales informadores de la mediación, entre los cuales se encuentra la consideración de los intereses de los menores, de las personas con discapacidad y de las personas mayores dependientes. Cierra el Título un artículo dedicado a describir las competencias administrativas de la Junta de Castilla y León en materia de mediación familiar. El Título II recoge el catálogo de derechos y deberes de las partes que sometan sus conflictos al sistema de mediación, lo

775 M.R. PALOMAR DEL RÍO; N. BELLOSO MARTÍN (Coord.). «Derecho de Familia y la Ley de Mediación familiar: los acuerdos de mediación familiar. Estudios sobre mediación: La Ley de mediación familiar de Castilla y león». León. 2006. Edit.. Junta de Castilla y León. Consejería de Familia e Igualdad de oportunidades.

que facilitará el conocimiento y difusión de aquellos entre profesionales y usuarios. En el Título III se establece el estatuto básico de los profesionales mediadores familiares y se definen los equipos de personas mediadoras. Destacan por su trascendencia los derechos y deberes de los profesionales de la mediación, que proporcionan seguridad jurídica tanto a ellos mismos como a los usuarios de sus servicios. La mediación gratuita aparece regulada en el Título IV de la Ley. En estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los procedimientos de mediación, el grado de intervención administrativa, con el fin de promover la mediación entre personas con escasez de recursos, es más importante. En el Título V se regulan los aspectos procedimentales de la mediación, desde el momento de la solicitud de los interesados, que debe plantearse de común acuerdo, hasta la sesión final de la mediación, en cuya acta constarán, en su caso, los acuerdos alcanzados. El Título VI de la Ley regula el Registro de Mediadores Familiares. El Título VII de la Ley se encarga de precisar el régimen sancionador de la mediación, tanto en su vertiente sustantiva como procedimental.

14.1.4.8. Cataluña

14.1.4.8.1. Legislación

La reciente legislación corresponde a: Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado[776].

Dejamos anotado que esta comunidad cuenta con anterior legislación, referida a la Ley 1/2001 de 15 de marzo de mediación familiar de Cataluña[777], en cuya exposición de motivos queda

776 Publicado: *DOGC* Nº 5432 de 30 de julio de 2009 y *BOE* núm. 198 de 17 de agosto de 2009.

777 *BOE* Nº 91 de 16 de abril de 2001. Departamento Comunidad Autónoma de Cataluña.

determinado que esta Ley responde a lo determinado por la Ley 9/1998 de 15 de Julio, del Código de Familia[778], y así regula la mediación familiar[779].

Volviendo a la actual Ley, como consta en su Exposición de Motivos, se inscribe en una corriente europea de actualización de las Leyes de mediación. Austria, con la Ley 29/2003 y Bélgica, con la Ley del 21 de febrero de 2005, han promulgado Leyes de mediación general; Francia tiene su reforma en la Asamblea Nacional, y otros países están en proceso de adaptación de su legislación.

Fundamentalmente los reducidos ámbitos previstos inicialmente para aplicar la Ley han sido un obstáculo para acoger determinados conflictos del círculo más próximo a las personas para las que la mediación se revela muy útil, como los conflictos entre padres e hijos o las disputas familiares por las sucesiones. La utilización de la metodología de la mediación en torno a las familias afectadas por los procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar es otro de los campos que justifican la modificación legal.

Finalmente, la modificación de la Ley procesal estatal impone reformar algunos aspectos para facilitar la adaptación de los modelos a las necesidades de los tribunales. Es especialmente relevante la inclusión expresa en el procedimiento especial de familia de los principios de la mediación y la trascendencia de esta para la aprobación de las propuestas de la custodia compartida de los hijos, ya que es la garantía de que los acuerdos obte-

778 Para estos supuestos, me refiero a Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *BOE* nº 203 21 agosto de 2010.

779 R. BARRADA ORELLANA; C. LASARTE ÁLVAREZ, A. DONADO VARA, M. F. MORETÓN SANZ, F. YÁNEZ VIVERO (Coord.). «El proceso de mediación familiar, según la Ley catalana 1/2001 de 15 de marzo. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia» Sevilla, 2004, pág.100.

nidos son los apropiados y los que protegen mejor los intereses de los menores.

Por otra parte, determinados conflictos surgidos en el ámbito de las Comunidades y de las organizaciones que estructuran de una forma primaria la sociedad no pueden quedar excluidos del campo de aplicación natural de la presente Ley, sobre todo cuando son consecuencia de la ruptura de las relaciones personales entre los afectados y exceden el ámbito meramente jurídico. En estos casos, la llamada mediación comunitaria, social o ciudadana se ha revelado muy útil para resolver problemas caracterizados por el hecho de que las personas involucradas deben continuar relacionándose. Son ejemplos evidentes los conflictos derivados de compartir un espacio común y las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa.

En la perspectiva de las novedades introducidas por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la legislación debe abrirse poco a poco a esta realidad y a las nuevas demandas de la sociedad, con el respeto que merecen los programas que se desarrollan desde las administraciones locales, desde el ámbito del departamento competente en materia de acción social y ciudadanía, desde la Agencia Catalana del Consumo, desde las Cámaras de Comercio y desde la práctica de varias profesiones. Con independencia de la mencionada necesidad de una regulación general de la mediación, es preciso fijar los principios que garantizan el buen ejercicio de la mediación administrada por el departamento competente en materia de derecho civil y regular determinados instrumentos de apoyo, como por ejemplo el régimen de la confidencialidad y la especialización de los mediadores que se ofrecen desde los registros de profesionales habili-

tados por el Centro de Mediación de Derecho Privado, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil, para ofrecer servicios de dicho tipo a los ciudadanos que lo soliciten. Este instrumento no incide en el funcionamiento de las experiencias que ya se han puesto en marcha en otros ámbitos, como el de la Administración local y el de los colegios profesionales; al contrario, significa un estímulo para la práctica profesional y para el establecimiento de servicios públicos de esta naturaleza.

En esta segunda fase de implantación de la mediación, el reto de incrementar la calidad de los servicios de mediación debe manifestarse bajo el punto de vista legislativo. Se cuenta con un elenco suficiente de mediadores y se han consolidado con un éxito notable los programas de formación que ofrecen las universidades y los colegios profesionales vinculados por la Ley 1/2001 de mediación. Eso permite fijar nuevos objetivos en la especialización y el reciclaje profesional de los mediadores y abrir nuevos ámbitos del derecho privado con un marcado carácter social al desarrollo de esta metodología, en colaboración con el sistema jurisdiccional.

La voluntad de evitar la judicialización de determinados conflictos no solo tiene la finalidad de agilizar el trabajo de los tribunales de justicia, sino, fundamentalmente, la de hacer posible la obtención de soluciones responsables, autogestionadas y eficaces a los conflictos, que aseguren el cumplimiento posterior de los acuerdos y que preserven la relación futura entre las partes. Eso significa que el eje central del sistema de la mediación va unido a la preparación técnica de la persona mediadora. Por lo tanto, es preciso potenciar la especialización, de forma conjunta con los principios básicos del sistema: la confidencialidad, la imparcialidad, la neutralidad y los mecanismos de conexión y de cooperación con los tribunales para homologar los acuerdos en materias que requieran un control jurisdiccional.

La desconfianza que suscitó la implantación de la mediación en algunos sectores profesionales se ha disipado gracias, en parte, al asentamiento de los mecanismos de colaboración entre los colegios profesionales implicados en el desarrollo de la mediación. Una colaboración que debe reforzarse. La función de la abogacía en el procedimiento de mediación es una garantía para la salvaguardia de los derechos de los ciudadanos. Por esta razón, deben establecerse los protocolos de actuación para que el abogado se constituya en el principal valedor de la mediación hacia sus clientes, como una alternativa más efectiva e indicada, en determinados casos, que la pugna judicial clásica. Pero para ello, como ocurre en el sistema de confrontación procesal, el abogado debe tener definido de forma adecuada su papel en el procedimiento de mediación, para que en ningún caso considere que los intereses de sus representados pueden verse perjudicados por falta de asesoramiento legal. Las relaciones dinámicas entre la mediación y el proceso judicial son el núcleo esencial de la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. En este sentido, la voluntariedad del sistema para las partes no es un obstáculo para que la presente Ley establezca el derecho de estas y la obligación consiguiente de asistir a una sesión informativa que acuerde el órgano jurisdiccional competente.

En cuanto a los aspectos organizativos, la implantación efectiva del sistema y la apertura de la mediación a determinados conflictos civiles que surgen en el ámbito de las comunidades y de la vida asociativa y fundacional y a otros litigios nacidos en la comunidad que son impropiamente judicializados han puesto de manifiesto la necesidad de adaptar el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, órgano dependiente del departamento competente en materia de derecho civil e instrumento principal de la Ley 1/2001 a las necesidades actuales. Como consecuencia de

esta adaptación, el centro, con el nombre de Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, deviene el impulsor principal de dicho procedimiento, así como el órgano de apoyo de referencia tanto de los mediadores como de las personas que desean resolver sus diferencias mediante la mediación. Sus funciones de fomento y vela de la mediación se ejercen con un respeto total hacia los servicios de mediación de ámbito local, de la Agencia Catalana del Consumo y de los programas de arbitraje y mediación de las cámaras de comercio y de los colegios profesionales, y, en su caso, con plena colaboración con estos.

La presente Ley respeta voluntariamente los contenidos de la Ley 1/2001 y tiene como objetivos: ampliar el alcance de la mediación a determinados conflictos del ámbito civil caracterizados por la necesidad de las partes de mantener una relación viable en el futuro, disipar cualquier duda sobre el alcance de los conflictos familiares susceptibles de mediación y, en último término, introducir determinadas mejoras sistemáticas y técnicas. Debe tenerse presente que lo que establece la mencionada directiva es la introducción de la mediación de forma general en todos los ámbitos de la conflictividad civil y mercantil, lo que hace necesaria la aprobación de una Ley general de la mediación. Mientras no se apruebe dicha Ley, es preciso ordenar la regulación existente y ampliar su alcance a nuevos campos para mantener el liderazgo que Cataluña, incluso en el ámbito europeo, ha ejercido en este terreno.

La estructura de la Ley: seis capítulos, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Comienza en su art. 1 determinando un concreto concepto de mediación indicando que *se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los*

conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial.

Resumimos la presente ley según su organización por capítulos: el Cap. I., dedicado a las disposiciones generales; define la mediación como un procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial dirigido a facilitar la comunicación; determina su alcance, es decir, los conflictos, familiares y en otros ámbitos del derecho privado, que pueden ser objeto de mediación, y determina tanto las personas mediadoras como las legitimadas para participar en un procedimiento de mediación; el Cap II: establece los principios que deben regir la mediación: la voluntariedad, imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora, la confidencialidad, el carácter personalísimo y la buena fe; el Cap. III regula el desarrollo de la mediación, desde la sesión informativa previa, en la que las personas son asesoradas sobre el valor, ventajas y características de la mediación, hasta la sesión final, de la que debe extenderse el acta correspondiente. Se regula también la comunicación del resultado de la mediación, la homologación de los acuerdos tomados y la actuación y los deberes de la persona mediadora; el Cap IV, dedicado a la organización y a los registros de mediación, define la naturaleza y las funciones del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, que actúa básicamente en conflictos de derecho privado caracterizados por la ruptura de las relaciones entre personas que deben mantener relaciones en el futuro. Se definen también las funciones de los colegios profesionales que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley. Cabe destacar que se da a las administraciones locales y demás entidades públicas la posibilidad de establecer, siempre dentro de sus competencias, servicios de mediación de acuerdo con los principios establecidos por la presente Ley. También cabe destacar que, para impulsar y difundir la mediación, se crea un comité

asesor. Además, se regulan los registros de personas mediadoras, se determina la comunicación de datos de la persona mediadora al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, se reconoce la retribución de las personas mediadoras y el beneficio de gratuidad de que pueden gozar las personas que llevan a cabo una mediación por medio del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y cumplen las condiciones económicas que establecen las normas reguladoras de la asistencia jurídica gratuita. Finalmente, se crea el Registro de Servicios de Mediación Ciudadana; el Cap V establece el régimen sancionador, mediante la descripción de los hechos constitutivos de infracción, de los tipos infractores y de las sanciones, y la determinación de los órganos con competencias sancionadoras. Se establece también específicamente el deber de las personas mediadoras de respetar los principios de la mediación y las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenecen; el Cap VI establece el régimen de recursos contra las actuaciones dictadas en los procedimientos determinados por la presente Ley. Y finalmente, las tres disposiciones adicionales crean una red de puntos de información y de orientación sobre la mediación y regulan la sujeción a los principios de la mediación y la inclusión en los registros de mediadores de personas que ejercen una profesión no sujeta a la colegiación. Las tres disposiciones transitorias establecen el régimen aplicable a las mediaciones iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y regulan la situación de las personas mediadoras que han superado los requisitos de capacitación al amparo de la Ley 1/2001 y la de los educadores sociales colegiados, que, aunque carezcan de titulación universitaria, pueden ser incluidos en los registros de mediadores si acreditan una formación específica homologada. La disposición derogatoria deroga la Ley de mediación familiar de Cataluña. Finalmente, la disposición final primera contiene un mandamiento al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la presente Ley.

Consta desarrollo por Dedreto 135/2012, de 23 de octubre[780], por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

14.1.4.8.2. Breve referencia a la figura de Coordinador parental

Mediante Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2015[781], se resuelve recurso de casación y se delimita la figura de coordinador de parentalidad. Señala la Sentencia que esta figura surge en los años 90 en EE. UU. y Canadá para la normalización de las relaciones parentales después del conflicto matrimonial o de pareja, en contextos de grave conflictividad por diversas causas en las que se hallan implicados, los hijos menores. Parte de la base de que tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen de una adaptación y de una colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional de los hijos. Los cónyuges no siempre se hallan en disposición de ofrecer esta colaboración, produciéndose situaciones conflictivas, en el régimen de cumplimiento de las sentencias. En estos ordenamientos el coordinador de parentalidad se presenta como un auxiliar o colaborador del Juez en la implantación de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia. En algunos casos el coordinador puede tomar decisiones vinculantes para la familia.

La Sentencia reconoce que esta figura no la contempla ni regula como tal nuestro ordenamiento jurídico, pero no es ajeno el problema que el coordinador parental trata de solucionar, lo cual es la efectiva implantación de las medidas judiciales que

780 Diari Oicial de la Generalitat de Catalunya Núm. 6240 – 25.10.2012.

781 Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Nº 11/2015, 26 de febrero.

afecten a las relaciones personales entre la familia conflictiva de la manera más consensuada y pacífica posible, en evitación de todo riesgo emocional en los menores que pueda perjudicarles. Con ello se trata de intentar evitar una intervención continua y forzada de los tribunales, que no suelen ser capaces de solventar esta especial problemática con los medios de ejecución clásicos (apercibimientos, multas, o intervención de fuerza pública).

Tras analizar la legislación tanto autonómica como nacional e internacional, no se observa obstáculo alguno en la introducción de esta figura. En concreto en la parte dispositiva y para la normalización de las relaciones paterno-filiales se dispone una medida de apoyo por un especialista en parentalidad, consensuado o designado por los equipos de asesoramiento. Informará al juzgado de los acuerdos, o bien realizará propuestas a fin de que el juez en la ejecución adopte la oportuna decisión. Su intervención será temporal por lo que cesará en un plazo de tres meses salvo que el juez de la ejecución disponga fundamentadamente una prórroga.

14.1.4.9. Galicia

Esta comunidad cuenta con Ley 4/2001 de 31 de Mayo reguladora de la mediación familiar[782], la cual a partir de las delimitaciones previas de la recomendación europea, la Consejería competente en materia de familia, ejercerá las funciones necesarias para hacer efectiva la actividad de mediación familiar en beneficio de todas aquellas personas que la precisen y la demanden. Debe complementarse con Decreto 159/2003, de 31 de enero[783] por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro

782 *BOE* Nº 157 de 2 de julio de 2001.

783 Diario Oficial de Galicia (DOG) Núm. 34 Martes, 18 de febrero de 2003 Pág. 1.819.

de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.

La Legislación a partir de las delimitaciones previas de la recomendación europea, la Consejería competente en materia de familia, ejercerá las funciones necesarias para hacer efectiva la actividad de mediación familiar en beneficio de todas aquellas personas que la precisen y la demanden.

Considera que el instrumento de mediación familiar[784] consta de efectividad en algunos ámbitos, revelándose como un instrumento eficaz de solución de conflictos familiares, haciendo referencia a la mentada legislación internacional.

Comienza en su art. 1 exponiendo una definición, ya que considera la institución de mediación familiar como *método de intentar solucionar los conflictos que puedan surgir en supuestos de ruptura matrimonial o de pareja.*

La Ley se estructura en un título preliminar y dos títulos. El título preliminar, bajo la rúbrica de disposiciones generales, recoge aquellas normas que inspiran y configuran los perfiles básicos de la institución, en cuanto a la naturaleza, significado, contenido y alcance de la misma, los sujetos o partes legitimadas para instarla y las cuestiones que pueden someterse a la mediación. El título I, regulador de la ordenación de la mediación se divide en dos capítulos. El capítulo I se dedica a la configuración jurídica de la institución de la mediación familiar, destacando sus características.

El capítulo II se ocupa del desarrollo y la tramitación de las actividades de la mediación. Y en título II de la misma configura el régimen sancionador.

---

784 X. FERREIRO BAAMONDE; R. TAVOLARI OLIVEROS. *La mediación familiar: un tratamiento complementario al proceso para el conflicto familiar. El ejemplo de la ley de mediación familiar de Galicia. Derecho procesal contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*. Santiago de Chile. 2010. Edit. Thomson Reuters, pág. 1407.

14.1.4.10. Madrid

Ley 1/2007 de 21 de febrero de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid[785], reiterar como en las anteriores legislaciones comentadas, que expone las transformaciones que ha sufrido la institución de la familia, y dado que ello no supone la desaparición de conflictos considera adecuada la mediación familiar, la cual define como procedimiento por el que «*mediante la intervención de un profesional, sin poder de decisión que ayuda a que alcancen por sí mismas un acuerdo, bajo las características de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad*».

Aludiendo a la legislación internacional, referencia que en los países donde lleva tiempo practicándose, la mediación se ha mostrado como un método útil y efectivo de pacificación de los conflictos familiares. Referenciando la practica legislativa en esta comunidad, y en concreto, determinando que tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, de acuerdo con su Estatuto de Autonomía[786].

Por otro lado, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid[787] establece como finalidad de los servicios sociales la promoción del bienestar de las personas, la prevención de situaciones de riesgo y la compensación de déficit de apoyo social, y define como necesidades sociales las derivadas del derecho de la persona a realizarse como ser social en el ámbito convivencial, interpersonal y familiar. Asimismo, entre las funciones del sistema público de servicios sociales, la citada Ley establece la de protección y apoyo a la familia y la orientación

785 *BOE* Nº 153 de 27 de junio de 2007. Departamento Comunidad Autónoma de Madrid.

786 Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial del Estado, núm. 51 de 1 de marzo de 1983.

787 *BOE* Nº 157, 2 de Julio de 2003.

y asistencia material, social psicológica, sociológica y jurídica de las familias en situaciones de dificultad, dependencia o conflicto.

Por su parte, el Plan de apoyo a la familia 2005-2008[788], se refiere a la mediación familiar en su área 4 dedicada a la Resolución de conflictos. La introducción a esta área recoge el protagonismo de la mediación a la hora de abordar los conflictos familiares, abrir espacios de diálogo constructivo y lograr acuerdos beneficiosos para las partes. En este sentido, se impulsa la aprobación de la Ley de Mediación Familiar como proceso para solventar o minimizar los conflictos familiares[789].

La Ley regula los requisitos que deben reunir los mediadores profesionales que realicen su actividad en la Comunidad de Madrid, su inscripción en el Registro de Mediadores Familiares y las normas básicas que rigen el procedimiento de mediación familiar. Con la aprobación de la Ley se garantiza la formación y cualificación de los mediadores inscritos en el Registro.

Consta de 29 artículos estructurados en un título preliminar y cuatro títulos, de los cuales el último se subdivide en tres capítulos. Incluye también una disposición adicional y dos disposiciones finales. Comienza en su art. 1 indicando lo que podemos entender como concepto, ya que indica que *es un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral, y sin capacidad para tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados.*

---

788 Aprobado por el Consejo de Gobierno el 1 de diciembre de 2005.

789 R. HERNÁNDEZ MARTÍN; A.MARTÍNEZ SAL. «Proyecto de implantación de la mediación familiar intrajudicial en España: experiencia de los equipos de mediación familiar de los centros de apoyo a las familias nº 5 y 6 del Ayuntamiento de Madrid en colaboración con el juzgado de primera instancia 29 de Madrid». *Rev. Estudios de derecho judicial*. Nº 111. 2006, Pág. 429.

El título preliminar, bajo la rúbrica de disposiciones generales, comienza definiendo la mediación familiar, su ámbito de aplicación, y su finalidad. Establece los principios esenciales en los que se ha de sustentar la mediación, entre los cuales se encuentra la protección de los intereses de los menores y de las personas dependientes. A continuación se describen las funciones y competencias de la Administración Autonómica en materia de mediación familiar. En el mismo título se regula el Registro de Mediadores Familiares. Uno de los objetivos de la norma es garantizar la cualificación y formación del profesional como persona física que realiza la mediación, protegiéndose de esta forma los intereses de las partes que soliciten el inicio de un proceso mediador. No trata la Ley de regular las diferentes formas jurídicas que puedan crearse al amparo de los intereses de los mediadores inscritos en el Registro. El título I, define los conflictos en los que será de aplicación la Ley de Mediación Familiar, y se establecen los derechos y deberes de las partes que se sometan a la institución de la mediación. El texto legal, parte de un concepto amplio tanto en lo que se refiere a las partes como a los supuestos de conflictividad. La Ley, entre otras, incluye como partes en la mediación a las personas unidas por vínculo matrimonial o unión de hecho y, también es destacable como en otras legislaciones, que se refiere en general a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad. Puede ser objeto de mediación cualquier tensión o conflicto intrafamiliar que no deba ser abordado desde la psicología u otras disciplinas o terapias a juicio del mediador o profesional competente. El título II se dedica a los mediadores familiares y regula la cualificación y formación especializada en mediación familiar. Se define la figura del mediador familiar, los deberes y derechos que le asisten y se establecen las causas de abstención en el procedimiento de mediación familiar. El título III regula los aspectos del procedimiento de mediación familiar, desde el momento

de la solicitud de las personas interesadas, que debe plantearse voluntariamente y de común acuerdo, hasta la sesión final de la mediación.

14.1.4.11. Euskadi-País Vasco

Ley 1/2008 de 8 de febrero de Mediación Familiar[790], cuya exposición de motivos comienza con una definición: La *presente ley regula la mediación familiar como procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean en el seno de la familia.*

Fundamenta la misma aduciendo que la mediación se implanta con éxito en la mayoría de los países de la UE, alegando la legislación al respecto.

Esta Ley opta por un ámbito de aplicación amplio que se extiende más allá de los conflictos originados en las situaciones de ruptura de pareja, pudiéndose aplicar a otras circunstancias conflictivas que pueden darse en el medio familiar, comenta en concreto los conflictos surgidos cuando los progenitores impidan a los abuelos mantener relaciones normalizadas con sus nietos o, los conflictos existentes entre las familias por causa de herencias o sucesiones o derivados de negocios familiares.

La presente ley consta de 38 artículos divididos en seis capítulos que a continuación se señalan, así como una disposición transitoria única y dos disposiciones finales:— El capítulo I recoge las disposiciones generales referidas al objeto de la norma, su ámbito de aplicación, la distribución competencial entre las diversas administraciones concurrentes, los servicios y programas públicos de mediación familiar, los conflictos objeto de la mediación familiar, la naturaleza de los acuerdos adoptados en un proceso de mediación familiar y los principios rectores

790 Boletín Oficial del País Vasco num. 2008034 de 18/02/2008.

de la misma. El capítulo II regula las características necesarias para ser persona mediadora, señalando los requisitos que deben cumplir las personas que trabajen en mediación. Crea el Consejo Asesor de la Mediación Familiar y refiere la participación de los colegios profesionales. El capítulo III regula los derechos, obligaciones e incompatibilidades de las personas mediadoras, así como los derechos y obligaciones de las partes sometidas a la mediación. El capítulo IV regula el Registro de Personas Mediadoras. El capítulo V recoge los aspectos procedimentales propios de la mediación: su inicio, el desarrollo de las reuniones iniciales, la cumplimentación de actas y la duración de la mediación. El capítulo VI describe el régimen de infracciones y sanciones en que puede incurrir la persona mediadora. Con esta regulación la Comunidad Autónoma del País Vasco se dota de un instrumento necesario para el afianzamiento de una figura que, si bien ya gozaba de implantación en nuestro territorio por existir experiencias consolidadas promovidas por el Gobierno Vasco, como el Servicio de Mediación Familiar del Gobierno Vasco, y un amplio abanico de experiencias desarrolladas en el ámbito privado, requería un marco legal de aplicación que ofreciera garantías de protección para las personas que optan por esta vía de resolución de conflictos y para quienes profesionalmente se dedican a esta actividad.

Consta desarrollo según Decreto 84/2009 de 21 de abril[791], del Consejo Asesor de la Mediación Familiar y Decreto 246/2012[792], de 21 de noviembre, del Registro de Personas Mediadoras y de la preparación en mediación familiar requerida para la inscripción.

791 BOPV núm. 83. 06/05/2099.

792 BOPV núm. 233 03/12/2012.

14.1.4.12. Comunidad Valenciana

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana[793].

Dicha legislación se complementa con el Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el Ámbito de la Comunitat Valenciana[794].

El preámbulo de la Ley determina que a tenor de la CE, la mediación *se constituye en un recurso complementario o alternativo a la vía judicial para la solución de los conflictos producidos en las relaciones familiares*.

Como dato en concreto, añade este preámbulo otra cuestión, y esto es el incremento en los últimos años de la demanda de búsqueda de sus orígenes por los hijos adoptados, lo que aconseja la mediación, como marco idóneo.

La indicada Ley, se estructura en seis títulos, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales. Y así del mismo modo, comienza en su art. 1 con lo que se puede entender como definición, ya que indica que *la mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.*

El título I contiene la definición de mediación familiar, y delimita el ámbito de aplicación de la ley y su objeto. Se crea el Centro de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana. El título II se refiere a las entidades de mediación y a las personas mediado-

793 *BOE* Nº 303 19 diciembre 2001.

794 DOCV Nº 5492, 18 abril 2007.

ras familiares regulando, respecto a estos últimos su capacidad, sus incompatibilidades y sus derechos y deberes. La creación del Registro de Entidades de Mediación y Personas Mediadoras y el Registro de Colegios profesionales. El procedimiento de la mediación que regula el título III, se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, requiriéndose, sin embargo, la observancia de unos trámites mínimos y en todo caso, el respeto a los principios de buena fe y confidencialidad. El título IV se refiere a los acuerdos, estableciendo su naturaleza y las materias sobre las que puede recaer. El título V prevé el régimen de inspección y sancionador, y remitiendo a lo dispuesto en la Ley de Servicios Sociales, así como en lo reglamentado a los Colegios Profesionales. El título VI atribuye las competencias en materia de mediación familiar a la Conselleria que tenga asignadas genéricamente las de familia. La Disposición Adicional Primera obedece a la demanda social del derecho a saber en los casos de adopción, asegurando las garantías constitucionales que deben regir en dicho proceso. Y en su disposición final primera, establece un plazo para que el Gobierno Valenciano cumpla con el mandado de desarrollarla por vía reglamentaria haciendo viable su aplicación.

Consta desarrollo por Decreto 55/2021, de 23 de abril del Consell de aprobación del Reglamento de mediación de la Comunitat Valenciana[795].

14.1.4.13. Aragón

Especial referencia a la *Ley de Mediación Familiar en Aragón*[796]. Consta la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de

795 Conselleria de Justicia Interior i Administració Publica. Num 9076/ 05.05.2021.

796 Nº 70 Boletín Oficial de Aragón 07/04/2011, anteriormente existieron documentos de propuesta, facilitados por el servicio jurídico del Gobierno de Aragón, sometidos incluso a aprobación en septiembre 2006, hasta que finalmente nos encontramos con la indicada ley ya en vigor.

Aragón, aprobada tras varios documentos de propuesta estudiados en años anteriores comienza el Preámbulo con la referencia a la familia, al destacarla como célula básica de la sociedad y núcleo de desarrollo esencial, por lo que la considera como objeto de especial atención y apoyo por las instituciones[797]. Considera este preámbulo que el sistema tradicional de acudir a las instancias judiciales para resolver controversias derivadas de problemas familiares ha demostrado no ser el método más acertado, por lo que parece necesario buscar otras vías de solución más cercanas a la voluntariedad y al consenso de las partes, entendiendo por ello como posible vía de dicha solución la mediación familiar. Esta ley tiene especial incidencia en la Ley 2/2010 de 26 de mayo[798] que regula la igualdad en las relaciones familiares.

La ley se compone de un total de treinta y cuatro artículos, estructurados en cinco capítulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales. Y se destaca como en su Exposición de motivos entiende la mediación familiar como forma de resolución de conflictos[799]. No obstante también indica en concreto el art. 1 que *se regula la mediación familiar como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales como de cualquier otra problemática de carácter familiar.*

El Capítulo I recoge las disposiciones de carácter general, el objeto y el concepto de la mediación familiar, remarcando su carácter extrajudicial y consensuado, y los conflictos susceptibles de mediación familiar, haciéndola extensiva a cualquier conflicto

797 I. TENA PIAZUELO. «Ley aragonesa de mediación familiar…, la que faltaba». *Rev. Diario La Ley*. Nº. 7626, 2011, pág. 1.

798 Ahora refundida en el C.D.F.A.

799 R. GUTIÉRREZ SANZ. *Actas de Derecho Aragonés… Op. cit.*, pág. 10.

surgido en el ámbito de las relaciones familiares. El ámbito de aplicación de la ley se circunscribe a las mediaciones familiares que se efectúen por mediadores designados por el departamento del Gobierno de Aragón competente en mediación familiar. En el proceso de mediación destaca el interés superior de los menores de edad y la protección a las personas con discapacidad o aquellas en situación de dependencia. Este Capítulo también establece los fundamentos de la mediación familiar y analiza los principios generales por los que se rige, refiriéndose a la voluntariedad de las partes, no solo para iniciar y poner fin al procedimiento sino también para desistir de él en cualquier momento. La igualdad, confidencialidad, transparencia, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, carácter personalísimo y buena fe se enumeran como fundamentos básicos de todos los procesos de mediación. El Capítulo II está dedicado al mediador familiar, regulándose los requisitos de titulación, formación y experiencia que éste debe cumplir, así como sus derechos y deberes. El Capítulo III hace referencia a las fases a lo largo de las cuales se desenvuelve el procedimiento de la mediación, desde la reunión inicial al acta final, así como las funciones que debe desempeñar el mediador familiar en el ejercicio de su actuación. Se estima adecuado y suficiente que el plazo de duración del proceso de mediación sea de sesenta días, susceptibles de prórroga si se producen determinadas circunstancias que lo aconsejen, sin perjuicio de las especialidades en plazos de la mediación iniciada por la Autoridad Judicial. También trata de la sesión informativa previa a la que los Jueces pueden derivar a las partes. Se establece, además, la prohibición de acudir a mediación familiar cuando se esté incurso en determinados procesos penales o cuando se advierta la existencia de indicios de violencia doméstica o de género. Finalmente, se regulan los casos en que los acuerdos alcanzados por las partes deben ser ratificados judicialmente. El Capítulo IV establece la organización administrativa y

las competencias y funciones en materia de mediación familiar, erigiendo como órgano administrativo responsable del servicio de mediación familiar al departamento del Gobierno de Aragón que tenga atribuidas las competencias en el área de mediación familiar. Se permite que los Colegios Profesionales puedan llegar a colaborar en diferentes momentos. Se crea también el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales que cumplan los requisitos establecidos en la ley. A su vez, se señalan los supuestos en los que el servicio de mediación tendrá carácter gratuito y cuándo será abonado por los interesados, de acuerdo a las tarifas que se establezcan reglamentariamente. Finalmente, el Capítulo V describe el régimen de infracciones y sanciones en que puede incurrir el mediador familiar.

Tras este resumen, retomo en concreto los aspectos que considero destacables en la indicada legislación aragonesa:

El preámbulo determina la mediación como procedimiento de resolución de conflictos que se plantean en el ámbito familiar. La mediación familiar desarrolla las posibilidades de actuación de las personas favoreciendo el diálogo, el acercamiento… para llegar a soluciones pactadas por las partes que al final suponen un mayor beneficio para todos los miembros de la familia, pero sobre todo para los menores o personas más vulnerables.

En concreto el artículo 1 regula la mediación familiar como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos de carácter familiar. Seguidamente se destaca en el artículo 2, que indica el concepto exponiendo que se trata de un servicio social consistente en procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares, en el que la persona mediadora, orienta y asiste a las partes para facilitar la comunicación con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas.

Es igualmente destacable el artículo 5, ya que en el mismo se concretan los conflictos que pueden tratarse: a) ruptura de pareja, existan o no menores afectados; b) controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar, o en su caso patria potestad, y del régimen de guarda y custodia de los hijos; c) diferencias en los relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos, y otros parientes o personas allegadas; d) situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja; e) desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes; f) conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa internacional; g) los datos de las personas adoptadas relativas a sus orígenes biológicos, en la medidas que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada su mayoría de edad, o durante su minoría representadas por sus padres o quienes ejerzan la autoridad familiar; h) problemática referida al derecho civil patrimonial o a la empresa familiar; i) cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte.

Del mismo modo indico el artículo 6 que determina el alcance: a) la intervención podrá versar sobre cualquier materia de derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente; b) el proceso velará sobre todo por el interés superior del menor y la protección del discapacitado.

Asimismo procedo a hacer mención al decreto 12 /2015, de 10 de febrero, del Gobierno de Aragón[800], por el que se crean el Centro Aragonés de Coordinación en Materia de Mediación y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de Aragón y se establecen medidas de fomento de la mediación, ya que como indica el texto legal en este marco normativo, se considera conveniente regular instrumentos de apoyo que sirvan para

800 *BOE* núm. 33 18/02/2015.

impulsar la práctica de la mediación e incrementar la calidad de los servicios de mediación. En consecuencia, se crean el Centro Aragonés de Coordinación en Materia de Mediación y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de Aragón.

14.2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN ARAGÓN

Impacto sociológico en la Comunidad Autónoma de Aragón. Análisis y evaluación de los servicios de mediación familiar de Zaragoza, Huesca y Teruel.

Antecedentes:

La Ley 2/1993 de 19 de Febrero por la que se crea el Instituto Aragonés de la Mujer (IAM), recoge en su artículo 3 como fin básico elaborar y ejecutar las medidas necesarias para hace efectivo el principio de igualdad del hombre y de la mujer en todos los ámbitos. En este sentido en las consultas atendidas en el Instituto Aragonés de la mujer y en especial en la asesoría jurídica y psicológica y asistencial, se había detectado la mayor vulnerabilidad de las mujeres y de los hijos/as en las consecuencias que se derivan de los procesos de separación y divorcio.

La mediación familiar pretende la búsqueda de soluciones amistosas a los conflictos derivados de los procesos de separación, por lo que el Instituto Aragonés de la mujer consideró oportuno realizar una experiencia piloto que viniera a determinar la eficacia práctica y la conveniencia de dicho servicio.

En noviembre de 1997 se puso en funcionamiento el servicio de mediación familiar con carácter gratuito y experimental durante un año atendido por una psicóloga mediadora, con el apoyo de los medios técnicos y humanos del IAM, con el objeto de realizar un trabajo de investigación en el campo de la media-

ción familiar. En ese periodo se evaluaría la necesidad y el funcionamiento del centro para luego analizar la posibilidad de implantarlo definitivamente como uno más de los servicios que presta el IAM.

La propuesta se enmarca dentro de la acción del II Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Aragón (1997-2000), «poner en marcha un servicio de mediación familiar para casos de separación o divorcio, con el fin de facilitar a madres y padres, la continuidad en el ejercicio de sus responsabilidades parentales en un clima de cooperación y respeto mutuo».

En enero de 1999, una vez finalizada la investigación y comprobados los resultados del Servicio durante este periodo experimental, así como la buena aceptación por parte de los usuarios/as, la dirección del IAM decidió darle continuidad para lo cual se firmó el correspondiente contrato de prestación del servicio de Mediación, que aunque ubicado en Zaragoza, fuera de carácter autonómico, atendiendo las demandas de las tres provincias.

Posteriormente en el III Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Aragón, se contempló la continuidad del servicio de Mediación incluyéndose entre sus objetivos: «Promover la realización de programas de detección y atención dirigidos a mujeres en situación de riesgo o en proceso de exclusión social», y concretamente «consolidar y ampliar el Servicio de Mediación Familiar para los casos de separación o divorcio».

En enero de 2001, se amplía el horario del Servicio de Mediación en Zaragoza, y se implantan los Servicios de Mediación en Huesca y Teruel, con cobertura para todos los ciudadanos de la Comunidad Autónoma disponiendo de una sede en cada provincia.

Objetivos del programa de mediación familiar.

El programa de mediación familiar[801] tiene como objetivo principal experimentar la utilidad de la mediación fuera de los Juzgados de Familia, en los procesos de separación o divorcio. Este programa se oferta como una alternativa extrajudicial al proceso contencioso y trata de separar los problemas interpersonales de los relacionados con la regulación de las condiciones de la vida futura de todo el núcleo familiar.

Pretende en definitiva, fomentar en los ciudadanos una nueva perspectiva más racional y civilizada de afrontar la ruptura matrimonial, cuando ésta sucede de forma irremediable. Por tanto, las personas a las que ha destinado el servicio son fundamentalmente la pareja en conflicto y los hijos/as de esta familiar que viven de forma pasiva las consecuencias de la transformación familiar.

Después de más de veinte años de la aplicación de la Ley del Divorcio han surgido una serie de cuestiones que plantean la necesidad de ofrecer alternativas para resolver este tipo de conflictos familiares. Dichas cuestiones son las que han dado lugar a los objetivos del programa de mediación familiar:

a) Preparar un contexto adecuado para que la pareja negocie sus desacuerdos, evitando los enfrentamientos inútiles y su incidencia negativa en los menores. Es necesario reducir la litigiosidad que conlleva la decisión de la ruptura, con el fin de facilitar unas relaciones familiares menos cargadas emocionalmente de resentimientos por parte de la ex pareja y de esta forma preservar y fortalecer el vínculo parental que no termina con la disolución del matrimonio. En este sentido la mediación ayuda a modificar las conductas manipulativas de los padres/madres sobre sus hijos y supone una medida preventiva de los trastornos psicoló-

801 L. RODRÍGUEZ BENITO; S. ESPADA GINER. «Mediación Familiar. La experiencia del Servicio de Mediación Familiar del Gobierno de Aragón: Funcionamiento, datos y reflexiones». *Rev. Gobierno de Aragón. Dirección General de Familia*. 2006, pág. 9.

gicos de los menores asociados a una forma inadecuada de los padres/madres de llevar a cabo el proceso de ruptura. Es decir posibilitar que tanto los adultos como los menores asuman adecuadamente el proceso de ruptura, evitando o disminuyendo la frecuencia e intensidad de las consecuencias emocionales negativas propias de estas situaciones.

b) Ayudar a la pareja a establecer nuevas formas de comunicación que les resulten útiles en el futuro, y de esta forma establecer unas relaciones positivas de ambos con sus hijos.

c) Facilitar la adaptación a los cambios de circunstancias que se van sucediendo en la vida de la familiar y en especial de los menores.

d) Conseguir que la familiar siga manteniendo el control sobre las consecuencias de sus actuaciones y un mayor compromiso por ambas partes, en lugar de delegar la capacidad y responsabilidad de toma de decisiones a terceros.

e) Disminuir los procesos contenciosos como forma legal de resolver la separación o el divorcio. El procedimiento contencioso agudiza el enfrentamiento entre las partes y no resulta útil para resolver las disputas familiares. La mediación familiar apuesta por la ruptura consensual que es mucho menos traumático para las personas implicadas.

f) Prevenir los incumplimientos tan frecuentes en los procesos matrimoniales. Esto supone que los procedimientos de mutuo acuerdo que se tramiten obedezcan a los pactos realmente admitidos por las partes, disminuyendo el número de incumplimientos. Tratar que se respete la verdadera voluntad de los cónyuges sin someter a éstos a presiones que impidan su viabilidad. En este sentido es importante recoger lo que realmente quieren, e innovar, hacer un convenio regulador tipo, provoca un inmovilismo.

g) Fomentar la coparentabilidad. Es decir, centrar a la pareja en su función de progenitor, ya que el lazo marital se rompe pero no el lazo parental. Esto supone enseñar a las parejas a seguir manteniendo su responsabilidad como padres, posibilitando que los hijos mantengan una relación adecuada con ambos después de la separación. De esta forma los menores no experimentan la ruptura matrimonial como la pérdida de una de las figuras parentales.

h) Elaborar por escrito un proyecto de acuerdo parental que plasme los puntos de vista negociados por los dos cónyuges.

El Programa está dirigido a:

a) Parejas que quieren separarse o divorciarse y que no hayan iniciado los trámites legales. Buscan ayuda para abordar de forma positiva la ruptura y los aspectos derivados de esta.

b) Parejas que habiendo iniciado los trámites, se comprometen a paralizar el proceso, e intentar negociar sus discrepancias, y quieren adaptarse a un proceso de mediación como medio de llegar a acuerdos en un clima de cooperación y respeto.

c) Parejas que tras las separación o divorcio, requieren un replanteamiento de la situación familiar, porque surgen incumplimientos o modificaciones de los efectos de la resolución judicial. En estos casos aunque hayan resuelto legalmente su separación y/o divorcio, continúa la situación de crisis y acuden al servicio de mediación para evitar un mayor deterioro de las relaciones paterno/materno-filiales.

d) Parejas de hecho que se encuentran en alguna de las situaciones reflejadas respecto a las parejas de derecho.

Campo de aplicación de la mediación familiar:

La mediación no sólo es un proceso para la gestión de conflictos entre individuos sino que se corresponde con una nueva concepción de las relaciones familiares mediante la comunicación.

La familia como institución básica no es inmutable, sino cambiante y en continua transformación. Todo cambio social o familiar, implica desestabilización.

El grupo familiar está formado por varios miembros, entre ellos, que mantienen una serie de vínculos emocionales y afectivos. Estos lazos pueden entrar en crisis originando una situación de conflicto o desavenencia entre los componentes del grupo familiar:

— Las crisis de los adolescentes, que suelen conllevar una ruptura de la comunicación con los padres/madres con el consiguiente deterioro de las relaciones familiares.

— Los problemas de relación de padres y abuelos, que impiden a estos mantener relaciones normalizadas con los nietos/as.

— Las dificultades específicas de la formación de una familia reconstituida.

— Los déficits crónicos de comunicación interna de las familias, que dificultan los procesos de desarrollo personal de sus miembros.

Planteada la crisis, será necesario intervenir a fin de reorganizar el grupo familiar. Una forma de intervención es la mediación familiar, en cada una de estas situaciones es conveniente que se utilice de forma rigurosa el proceso metodológico de mediación.

Centrándonos en el ámbito de la ruptura de pareja, ante un proceso legal de separación o divorcio, la mediación puede actuar en diferentes momentos:

— Antes del proceso de separación o divorcio, ya sea legal o de hecho.

— Durante el proceso legal, esto es, una vez iniciado podrán las partes suspender provisionalmente el mismo acudiendo a la mediación.

— Después de finalizado el proceso legal de separación o divorcio, a fin de que determinadas medidas sean cumplidas o hayan de modificarse por cambio de las circunstancias.

La mediación como proceso aplicable a los conflictos derivados de la separación o divorcio no es el sistema habitual elegido por los cónyuges. La cultura del litigio continua muy arraigada en la mente de todos: ciudadanos, profesionales, instituciones etc., por la que la mayoría de las parejas que deciden romper su vida en común no optan por la mediación como primera elección, sino que el camino inicial suele ser el del proceso judicial.

Diseño del programa.

La mediación familiar, es un proceso estructurado con una metodología muy precisa dirigido a facilitar que los usuarios afronten directamente sus problemas y busquen nuevas perspectivas que les permitan la resolución de sus conflictos familiares.

No se trata de una terapia ni de un consejo conyugal, y mucho menos de asesoramiento jurídico. La mediación se sirve de estos tres campos.

El proceso se desarrolla a lo largo de diez o doce entrevistas, con una periodicidad semanal y una duración aproximada de hora u hora y media. En dicho proceso hay que distinguir las etapas o niveles de actuación, con las fases claramente delimitadas (fases a las que ya nos hemos referido y a cuyo apartado nos remitimos).

Conclusiones sobre la mediación en Aragón.

El análisis de los datos a lo largo del periodo ha mostrado una importante acogida y posterior aumento en la demanda de intervención en los distintos servicios de mediación familiar, todo ello permite reflexionar sobre la necesidad y el deseo de la Comunidad Autónoma Aragonesa de abordar los conflictos a través de la mediación.

Tras dicho análisis se comprueba como en cuanto a los asuntos de preocupación prioritaria, las necesidades y puntos de vista de los usuarios difieren, si bien todos manifiestan un punto en común, que es la preocupación por sus hijos.

En general se puede afirmar que se manifiesta por parte de los usuarios una clara percepción negativa de la Justicia. Este dato se encuentra más acentuado en los hombres ya que en muchos casos la separación les supone inevitablemente la pérdida de la inmediatez en la relación con sus hijos de la vivienda y del estatus que hasta ese momento venían disfrutando. Se aprecia una mayor preocupación e interés por la custodia compartida.

Se puede concluir por tanto que lo que los usuarios esperan de la mediación, es que la separación se pueda realizar con un menor coste emocional y se reduzca el nivel de conflicto en la pareja, evitando un contencioso.

También se puede indicar que aunque la pareja no concluya el programa, es importante señalar que suele constatarse que su forma de comunicarse ha mejorado, y que han tenido la oportunidad de dialogar en un espacio neutral, cuestión que anteriormente eran incapaces de abordar. Este hecho es muy significativo, ya que demuestra que la mediación beneficia incluso en aquellos casos en que no se concluye con un acuerdo total, produciendo un mínimo acercamiento y ejerciendo el proceso una función de modelado de gran importancia para la relación de la pareja en el futuro.

Respecto a la problemática observada, se puede determinar las referidas a:

— Consulta previa al procedimiento judicial: En este caso en la práctica totalidad de las personas atendidas se observa un importante desconocimiento respecto de la trascendencia de la separación ni de las consecuencias de sus decisiones.

— Consultas paralelas a un proceso judicial: Suelen acudir dentro de este grupo las personas que son derivadas desde los Juzgados de Familia, principalmente. La característica de este grupo es que acuden en situaciones extremas, tras un proceso de separación largo y duro, por lo que el servicio se enfrenta con dificultades para llegar a acuerdos.

— Consultas efectuadas con posterioridad a la finalización de un proceso judicial: Este tipo de consultas se caracterizan por la disconformidad con la resolución así como por un sentimiento de injusticia respecto del proceso judicial. Pretenden encontrar una solución a una situación que consideran perjudicial a sus intereses.

También se puede observar un grupo de personas que acuden tras haber llegado a una separación de mutuo acuerdo, aduciendo que pese a que en un primer momento firmaron voluntariamente el Convenio regulador, en la práctica el cumplimiento del mismo se ha hecho imposible.

Dentro de los casos que se ubican en este momento posterior, hay ciudadanos que consultan acerca de una mediación familiar que contemple los conflictos que surgen entre uno de los progenitores y los descendientes, especialmente en el periodo de la adolescencia e inmediatamente siguiente, o entre los hijos y el nuevo cónyuge/pareja.

Otros Centros o Servicios de Mediación en Aragón.

Además de lo anteriormente expuesto sobre el Servicio de Mediación dependiente de la DGA, indico una breve referencia al creado por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (REICAZ), implicado en el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en la sociedad. Se constituye en el año 2010 la Comisión de Mediación, y se aprueba con fecha enero 2012 la entrada en fun-

cionamiento del Servicio de Orientación en Mediación (SOM)[802]. Actualmente constituido ya en Instituto de Mediación.

Conclusiones sobre este proceso.

Entiendo muy positiva la opción de la mediación como solución a los conflictos de ruptura de pareja, y sobre todo para el supuesto en que dicha pareja tenga hijos menores, ya que la relación de la pareja en tales casos necesariamente va a seguir existiendo, por lo que es conveniente que puedan seguir tratando los asuntos sobre los mismos sin llegar a conflictos, lo cual este proceso puede llegar a enseñar.

Igualmente para el resto de supuestos, es decir aunque no haya hijos, ya que en la mayoría hay que resolver cuestiones patrimoniales, o bien empresas o sociedades en común que ha constituido la pareja y sobre las cuales es necesario llegar a una regulación.

La conveniencia de esta proceso la considero sobre todo debido a que va a estudiar y profundizar en todas las cuestiones del caso concreto para intentar llegar a un acuerdo que en la práctica se pueda cumplir; no estamos ante un acuerdo (convenio regulador) «tipo» para todas las relaciones que posteriormente sea de imposible cumplimiento.

Puedo decir que no se debe considerar este proceso como obligatorio en su totalidad, pues entiendo que si las partes no tienen disposición para ello, no es posible conseguir acuerdo alguno, lo cual únicamente conllevaría retrasar más su proceso de separación, pero me atrevo a decir que habría que realizar al menos «un intento», esto es una primera entrevista o exposición del proceso, que se podría imponer como obligatoria, que diera

802 Pagina web oficial del REICAZ, apartado: servicio de orientación en mediación (SOM).

a conocer la posibilidad del proceso, y ello para llegar a evitar el proceso contencioso.

Durante el proceso de mediación, considero conveniente, al menos, la información a los hijos, no como parte del proceso, pero sí como lo que podemos decir intervinientes en el mismo a efectos de escuchar sus opiniones, e indicarles las oportunas explicaciones sobre la situación.

Respecto al indicado proceso de mediación, estimo importante puntualizar que una vez finalizado el mismo, y llegado hasta su fase final en la que se plasman por escrito los acuerdos, considero totalmente necesario que este acuerdo sea homologado judicialmente, ya que en caso contrario nos quedamos ante un acuerdo privado, sobre el cual si posteriormente surgen problemas debido a cambio de circunstancias, no será posible acudir a su resolución o ejecución judicial.

XV. CONCLUSIONES

Esta memoria de investigación está fuertemente determinada por la perspectiva profesional de una abogada de familia. Y se propone, como aportación, tratar de aglutinar diferentes conocimientos del ejercicio profesional que en buena medida pueden resultan interesantes para debatir sobre los mismos (tanto para los letrados veteranos, como para los que intentan abrirse camino en esta profesión), y que los tratadistas o estudiosos del Derecho de familia no solían exponer anteriormente de manera sistemática, pensando en las necesidades de la pareja en crisis, de sus hijos, y de otros parientes afectados.

Los cambios producidos en la sociedad y en la familia en los últimos lustros se han acompañado de una verdadera *revolución* del Derecho de familia: determinadas nociones o mecanismos jurídicos resultaban prácticamente desconocidos hace apenas una década. Además, desde el punto de vista profesional, soy de la opinión de que alguno de aquellos cambios todavía no acaban de normalizarse, o de trasladarse a la atención que los abogados y otros profesionales dispensamos a las familias, cuando sus miembros se ven implicados en un conflicto de naturaleza emocional y de contenido jurídico: por eso la mención del título de este estudio, *problemas y oportunidades en la práctica profesional.* Pues en los procesos familiares confluyen elementos personales y aspectos de técnica jurídica, que resultan difíciles

de conciliar para el jurista si no cuenta con una perspectiva y una información suficientemente amplias. Con esta intención comencé a estudiar los fundamentos del conflicto de pareja, sistematizando conceptos tradicionales, con verdaderas novedades jurídicas provenientes de otros ordenamientos, especialidades territoriales y Derecho común, todo ello en la función del abogado de familia.

Desde el punto de vista de la profesión de abogado he entendido la conveniencia de valorar la mediación familiar como una herramienta que puede contribuir de manera muy eficaz a la resolución de los problemas que está generando en este nuevo entorno familiar y social. En dicha valoración, consideraba conveniente un estudio genérico y más breve de determinados aspectos, sobre los conceptos de familia, menores, su regulación y por supuesto la custodia compartida en concreto, ya que tras el impulso legal que ha recibido esta modalidad de custodia es cuando se ha tratado de implantar la mediación.

Además de dichos aspectos, y para los procesos en que existen menores, también debía plantearme el interés primordial del menor, que está igualmente presente en legislación, en nuestro país, incluso determinado a través de nuestra Carta Magna, cuyo art. 39 concreta la protección integral. Este interés, al ser preferente, nos lleva al planteamiento de lo que puede ser más conveniente para los mismos. No obstante, el apartado sobre el principio de *favor filii*, lo he estudiado de forma breve e instrumental, y también son igualmente instrumentales las referencias a los aspectos procesales así como a las cuestiones patrimoniales (tales como pensiones o vivienda familiar) que en caso de haber profundizado en las mismas, darían objeto a otro estudio de investigación completo, y todo ello utilizado para derivar en el estudio sobre la custodia de los menores, concretada en nuestra legislación general art. 92 y concordantes del CC.

El tratamiento del concepto de custodia conlleva el estudio de otros apartados en relación con el mismo tales como el derecho de visita o los gastos de los hijos. Son todos ellos puntos determinados en la legislación (art. 142, art. 160 CC y concordantes), siendo además expuestos también como obligación en nuestra Carta Magna, art. 39 CE y que son cuestiones de obligado tratamiento en la legislación, puesto que en relación con lo anterior, son referidas a los menores, y por tanto de interés superior. He planteado todo esto como una introducción y como primera parte de la tesis, la cual finaliza con las opciones de custodia y con una visión general de la custodia compartida, por ser más novedosa, incluso existiendo legislación autonómica más avanzada en cuanto a la concesión de esta custodia. En concreto fue pionera en este aspecto la Comunidad Autónoma de Aragón con la Ley 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, Ley que, posteriormente a consecuencia del RDleg 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón quedó refundida en el Código de Derecho Foral Aragonés (he indicado en esta tesis, que debido al ejercicio de la profesión de abogacía en la C.A. de Aragón, aunque expongo legislación general, algunos puntos los determino a través de la legislación aragonesa, por tener Derecho Foral propio, lo cual procedo a referenciar también en el correspondiente apartado). Siguieron luego otras Comunidades Autónomas según queda concretado en un apartado propio de la tesis. En esta legislación, se deduce que *el Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos menores atendiendo a su interés.*

Como bien sabemos, en una situación de crisis familiar es muy frecuente que las partes no encuentren una solución negociada de mutuo acuerdo y el conflicto se vea abocado a ser resuelto por la vía judicial. En este sentido, encontrar una solución objetiva, equidistante y satisfactoria para los litigantes es enormemente

dificultoso para el juzgador, el cual no puede conocer de manera íntegra y completa la relación de hechos y circunstancias que han acaecido en el entorno de la familia y que han desembocado en el pleito que ante él se sustancia. Ante el Juez, cada parte expone su versión de los hechos y, en ocasiones, no es completa, tanto por falta de medios materiales como por interés de las partes en obtener una resolución que solo satisfaga sus intereses. Lógicamente cada una de las partes procesales concreta a través de sus abogados, únicamente la exposición que considera conveniente a sus pretensiones. En consecuencia el juzgador en el proceso contencioso no puede conocer objetivamente todas las circunstancias. Además de todo ello, las pretensiones de las partes pueden ser de tales características que sea prácticamente imposible para el juez dar una solución a todas ellas. Por tanto, nos encontramos con familias o progenitores que se ven inmersas en constantes procesos judiciales, incidentes, o ejecuciones, etc.

Como he indicado anteriormente y de ahí la primera parte de esta tesis, cuando hay menores implicados en una crisis, la situación se complica todavía más si cabe, ya que en la mayor parte de ocasiones ambos progenitores disputan por la custodia de los mismos. Por supuesto para conseguir estar el mayor tiempo posible con sus hijos, pero también porque obtener dicha custodia puede conllevar conseguir un beneficio económico (pensión o vivienda) Esto puede complicar la gestión de la crisis, ya que este tipo de situaciones tienen elementos personales que no deberían quedar eclipsados por requerimientos económicos.

De ahí que la concesión de la custodia compartida, pueda permitir tal vez, que las partes no se enfrenten exclusivamente por cuestiones económicas, y por tanto se centren en el interés real del menor, y su conveniencia para compartir el tiempo con ambos progenitores. Tiempo que, por otra parte, estimo que no tiene por qué ser exactamente equivalente, dado que no lo exige

así la legislación. Dicha custodia lo que significa desde mi punto de vista es que ambos participen en la educación y en la vida, en general, del menor, todo lo cual entiendo altamente positivo para los hijos, de forma que en la crisis familiar la separación de sus progenitores les afecte en la menor medida posible. Se trata, como dicen algunos autores, de crear la apariencia de que la ruptura no se ha producido.

Entiendo conveniente que los progenitores tengan un mínimo de responsabilidad conjunta para proceder con esta custodia compartida, pero en absoluto lo considero un requisito imprescindible. En este sentido con una custodia individual, si los padres no tienen la más mínima comunicación, también resulta altamente complicado ejercer la custodia y asimismo cumplir el régimen de visitas. En ocasiones, quien ostenta la custodia individual, se siente con más autoridad para complicar al otro progenitor las visitas. Lo que, desde mi punto de vista, provoca más procesos judiciales sobre ejecuciones de sentencia.

El estudio de aquellos conceptos preliminares determina el contenido de la segunda parte de la tesis: la mediación familiar. El proceso de mediación en general está regulado recientemente en nuestra legislación y ha sido ampliado durante estos últimos años. En concreto a tenor de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y su desarrollo por Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se concretan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. También en algunas Comunidades Autónomas existe legislación sobre mediación familiar, la cual se ha hecho constar en este estudio. Como ejemplo en la Comunidad Autónoma de Aragón, cabe recordar la Ley 9/2011 de 24 de marzo de mediación familiar. (Esta ley aplicaba la determinación que exponía la anterior ley 2/2010, que quedó refundida en el CF Aragonés, cuyo actual art. 78 concreta como

los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar).

Es denominador común en la regulación de las Comunidades Autónomas, la incidencia en el concepto de familia como institución básica y viva; la familia ha sido y es centro de muchas y diversas problemáticas que no siempre pueden resolverse dentro de su propio ámbito y por ello se pretende con la legislación establecer un marco normativo favorable al desarrollo de la función mediadora. Se retoma con esto el mencionado art. 39 CE que establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación.

El procedimiento de mediación está siendo promovido dentro de los propios procesos judiciales al amparo de la normativa que los regula. En dicha legislación se referencia y se expone que al lado de la mediación extrajudicial, la mediación intrajudicial es instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por Juzgados y Tribunales. Y así, cuando ya se ha iniciado un proceso judicial de nulidad, separación (o separación de pareja de hecho con menores) o divorcio, el Juez puede decretar la suspensión de actuaciones, si advierte que existen posibilidades reales de que las partes pueden llegar a un acuerdo. Es por ello que considero que debe existir un control jurídico para este indicado proceso de mediación.

Por todo lo anterior estimo altamente positiva la mediación familiar, ya sea para tratar de alcanzar un acuerdo general para la situación de crisis familiar, como posteriormente para una posible ejecución de estos acuerdos. Entiendo en este sentido que la mediación debe intentarse antes de ser iniciado cualquier proceso judicial. Los profesionales intervinientes en los juzgados y en concreto los abogados deberían involucrarse en dicho proceso y fomentar la mediación desde dicha sede. Una vez que las par-

tes se encuentran inmersas en pleno proceso, paralizar el mismo y comenzar el camino de la mediación lo estimo complicado.

También son destacables las ocasiones en que la partes han tramitado múltiples procedimientos (modificación de medidas, ejecuciones, incidentes…) y comprueban que en la mayoría de ocasiones no ven satisfechas sus pretensiones, siendo entonces cuando consideran conveniente comenzar el camino de la mediación ya que entienden que la mejor forma de resolver los conflictos familiares son las soluciones que ellos mismos proponen. No obstante estimo que estos procesos deben tener correspondencia legal y no sólo deben ser tratados desde una vertiente psicológica (podemos poner como ejemplo la figura del coordinador parental en Cataluña que he expuesto en el apartado de dicha CA). Es por ello que he procedido a realizar un estudio más amplio en este segundo apartado de este estudio, debido a la regulación actual y su aplicación, puesto que es necesario que se proceda a analizar e investigar la conveniencia o no de su implantación y su correspondencia jurídica. En concreto si se alcanza un acuerdo en el proceso de mediación familiar este finalizaría con un acta final, que firmarán de conformidad las partes. Si éstas desean que dichos acuerdos consten en documento oficial, no quedando únicamente en acuerdo privado, deberán plasmarlos y transcribirlos a documento para presentar en el Juzgado; en este sentido por tanto se transcriben a un convenio regulador del art. 90 y concordantes del CC (o bien con otra denominación, según el ejemplo de la indicada Comunidad Autónoma de Aragón, en donde se transcribe como Pacto de relaciones familiares, art. 77 CDFA).

Considero la conveniencia de que las partes hayan tratado durante el proceso de mediación familiar los puntos principales que hayan de transcribirse posteriormente en el convenio regulador, ya que éste, si existen hijos menores, será revisado por el

ministerio fiscal y si es aprobado será posteriormente expuesto en la Sentencia. Asimismo, el mediador debe tener conocimientos legales puesto que los acuerdos que se alcancen no pueden referirse a materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición, ni ser contrarias a ley.

La legislación en general, determina la necesidad de ratificación judicial de los acuerdos (en concreto como ejemplo en la Comunidad Autónoma de Aragón en el art. 20 de la Ley de mediación familiar, que expone que los acuerdos en mediación familiar cuando se refieran a rupturas de convivencia de los padres, deberán ser aprobados por el Juez en los términos para el pacto de relaciones familiares, esto es, el convenio regulador de la legislación general). Ahora bien, si se trata de acuerdos sobre materias distintas, las partes podrán elevarlos a escritura pública o solicitar la homologación judicial de los mismos, por el tribunal que conozca del litigio. Por tanto, debo reiterar la necesidad de que el proceso se contemple siempre desde una óptica jurídica para que, si las partes lo desean, pueda plasmarse posteriormente en documento público, escritura o sentencia judicial. En consecuencia, este proceso no debe quedar alejado de la normativa legal para tener efectos jurídicos procedentes.

El profesional de la abogacía, desde mi punto de vista, no debería desdeñar la mediación. En concreto sería conveniente que el abogado de familia tenga especialización en dicha materia. Por supuesto que dicha preparación principal debe tenerse en el conocimiento de la legislación, la jurisprudencia y los conceptos jurídicos, pero dadas las implicaciones psicológicas, motivaciones, deseos y valores personales que van a entrar en juego; estimo necesario que el abogado de familia realice estudios de mediación por la utilidad que estos le pueden aportar de cara a la resolución del conflicto. Debo añadir que dado que siempre se produce (bien entre profesionales o bien ante un único profe-

sional, cuando el conflicto no ha alcanzado una naturaleza contenciosa) una previa negociación antes de interponer procesos judiciales, todavía es más necesario este conocimiento técnico al respecto, ya que la indicada negociación puede ser delicada, en estos asuntos, sobre todo cuando existen hijos menores. Y a mayor abundamiento, porque durante las conversaciones de los abogados, también las partes mantienen tratos paralelos, comentando entre ellas lo que sus asesores a su vez han tratado, todo lo cual puede dar lugar a graves malentendidos, si la negociación no se gestiona con delicadeza; por ello, y para tramitar de forma conveniente este proceso considero que son necesarios conocimientos de aspectos psicológicos y tener competencias sobre resolución extrajudicial de conflictos.

No obstante, dado que hay casos en que finalmente no hay mas opción que acudir al proceso judicial, es importante que, siendo irrenunciable obligación deontológica del letrado defender total y absolutamente los intereses del cliente, mantener un respeto y delicadeza respecto a la otra parte. Sobre todo en el caso de hijos menores, ya que la parte contraria es el padre o la madre de los hijos comunes, y creo poder afirmar que no suele ser del gusto de los jueces y tribunales que el abogado de familia tenga un trato poco respetuoso en dicho sentido. Reitero que se puede defender totalmente el derecho del cliente, a través de las pruebas, de la fundamentación jurídica etc… pero respetando a la otra parte. Estoy convencida de que esa forma de actuar se desarrolla no sólo con el estudio del derecho y de la jurisprudencia, sino también con la práctica de la mediación.

Es mi opinión que no debe existir temor en fomentar la mediación. Siempre es conveniente alcanzar acuerdos y aunque el abogado ejerza con total profesionalidad la defensa de los intereses de su cliente, como no puede ser de otra manera, no debe tener problema en derivar al proceso de mediación si esto es

posible. Puesto que, si a través de dicho proceso se alcanza el acuerdo, también posteriormente va a ser el letrado quien formalice el convenio o pacto final y el cliente será consciente de que ha sido su abogado quien le ha aconsejado el proceso, y quien ha evitado un posible pleito incierto y tal vez costoso.

Expuesta esta opinión, sobre los beneficios para el profesional del derecho en el estricto ejercicio de la defensa de los intereses de su cliente, también debo hacer constar que, independientemente de su actividad como letrado, el abogado puede ejercer de mediador, y por tanto desarrollar esta actividad y carrera profesional. Pero al mismo tiempo para ello resulta imprescindible que obtenga una formación específica, especializada, tal y como ya te tenido oportunidad de exponer en esta memoria. En consecuencia, este es otro campo de trabajo para el abogado y otro motivo por el que los letrados deberíamos ver la mediación como una oportunidad de ampliar nuestro horizonte profesional y no como una nueva actividad que viene a recortar las oportunidades de trabajo para la profesión de la abogacía.

En lo que respecta a mi experiencia, este estudio y en concreto la profundización en la mediación familiar ha resultado altamente interesante y provechosa para el ejercicio de mi profesión. Por lo que la propia realización de este estudio ha supuesto para mí un reto y un mayor incentivo, si cabe, para continuar con dicho ejercicio, deseando por mi parte profundizar en este ámbito del ordenamiento jurídico, dada la interesante y constante evolución normativa, las novedades jurisprudenciales que estimo se producirán, y sobre todo el hecho de que todo este marco normativo incide directamente en la búsqueda del devenir pacífico de los conflictos entre personas que se ven fuertemente afectadas por estos procesos, así como de los menores implicados en los mismos.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

A. ACEVEDO BERMEJO. *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*. Madrid, 2006. Edit. Tecnos.

J.M. AGUILAR CUENCA. «El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental» *Rev. de Familia*. Nº 29. 2005.

L. ALASCIO CARRASCO; I. MARTÍN GARCÍA. «Juntos pero no revueltos: la guarda compartida en el nuevo art. 92 CC». *Rev. para el análisis del derecho*. Nº 3. 2007.

L. ALASCIO CARRASCO. «El síndrome de alienación parental». *Rev. para el análisis del derecho.* Nº 1. 2008.

M.F. ALCÓN YUSTAS. *El interés del menor en el acogimiento familiar. Nuevos retos que plantean los menores al derecho: II Jornadas sobre Derecho de los menores* (LÁZARO GONZÁLEZ, I; MAYORAL NARROS, I. Coord.). Edit. Univ. Pontifica de Comillas. 2004.

J. ALÉS SIOLI, Javier. «Ser mediador: contrato de mediación y su naturaleza jurídica». *Rev. La Toga.* Nº 185. 2006.

R.M. ANGUITA RIOS; M.D. CASAS PLANES, P. GARCÍA LÓPEZ; M.T. PÉREZ JIMENEZ;C. VILLANUEVA LUPION. *El Interés del menor y la custodia compartida; análisis crítico del valor jurídico de la opinión del menor tras la reforma del artículo 92 del Código Civil español por la Ley 15/2005 de 8 de Julio.* (C. VILLAGRASA ALCAIDE; I. RAVETLLAT BALLESTÉ. Coord.). Madrid, 2009. Edit. Bosch.

S. ALTIERI. *El derecho del niño y del adolescente a ser oído*. Montevideo, 2008. Edit. Univ. Montevideo.

L. ALLUEVA AZNAR. «Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores». *Rev. para el análisis del derecho*. Nº 4. 2011.

L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA. «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo». *Rev. del poder judicial*. Nº 60. 2000. Edit. Consejo General del Poder Judicial.

R. ARCE FERNÁNDEZ; M.D. SEIJO MARTÍNEZ; F. FARIÑA RIVERA. «Razonamientos judiciales en procesos de separación». *Rev. Psicothema*. Nº 1 Vol. 17. 2005.

M. ARCH MARIN; A. JARNE ESPARCIA. «Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto». *Rev. de Familia*. Nº 41. 2008.

M. de ARMAS HERNÁNDEZ. «La mediación en la resolución de conflictos». *Rev. Educar*. Nº 32. 2003.

L.M. ARROYO YANES. «Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. Nuevas Políticas Públicas» *Rev. anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. Nº 2. 2006.

M.A. ASENSIO SÁNCHEZ. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia*. Madrid, 2006. Edit. Tecnos.

M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS. «La situación de desamparo. La tutela automática de las entidades publicas. El acogimiento de los menores». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*. Nº 59. 2002.

R. BARRADA ORELLANA. *El proceso de mediación familiar, según la ley catalana 1/2001 de 15 de marzo. Perspectivas del derecho de familia en el Siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. (C. LASARTE ÁLVAREZ; A. DONADO VARA; M.F. MORETÓN SANZ; F. YÁNEZ VIVERO. Coord.). Sevilla, 2004. Edit. Instituto para el desarrollo y análisis del Derecho de Familia en España.

M.C. BARRANCO AVILÉS. «Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños». *Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Instituto Madrileño del Menor y la Familia*. Madrid, 2006.

C.A. BASILE VALLE. *El ejercicio de la autoridad de los padres: dualidad o unitarismo*. *Perspectivas del Derecho de Familia en el S.XXI. XIII Con-*

greso Internacional de Derecho de Familia. (C. LASARTE ÁLVAREZ.; A. DONADO VARA; M.F. MORETÓN SANZ.; F. YÁNEZ VIVERO. Coord.). Sevilla, 2004. Edit. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.

N. BENITO BELLA. «Puntos de encuentro familiar: una realidad en alza». *Rev. Trabajo Social Hoy.* Nº. Extra 1. 2005.

M.C. BAYOD LÓPEZ. «Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y limites» *Rev. derecho civil aragonés*. Nº 18. 2012.

M.C. BAYOD LÓPEZ (coord.). Relaciones entre padres e hijos en Aragón. ¿Un modelo a exportar? AAVV J.L. ARGUDO PÉRIZ. Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos. Edit. Institución Fernando El Católico. Zaragoza, 2014.

T. BERNAL SAMPER. «Conflicto y mediación». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid» (Ejemplar dedicado a: Medios alternativos de solución de controversias / coord. por Iván Heredia Cervantes)*. Nº. 11. 2007.

— «Mediación extrajudicial». *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Mediación y protección de menores en Derecho de familia)*. Nº. 5. 2005.

— *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Madrid, 2008. Edit. Colex.

A.I. BERROCAL LANZAROT «La patria potestad prorrogada o rehabilitada». *Rev. crítica de derecho inmobiliario*. Nº 726. 2011.

F. BETANCOURT SERNA. *Derecho romano clásico*. Sevilla, 2010. Edit. Universidad de Sevilla.

M. BEYEBACH. «La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales». *Cuadernos de derecho judicial*. Nº 2. 2009.

M. BLANCO CARRASCO. «Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores». *Rev. Cuadernos de trabajo social*. Nº 21. 2008.

M.A. BLANDINO GARRIDO. *Tratamiento de las concretas medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales* (A. ÁLVAREZ ALCAR-

CÓN; P. SÁNCHEZ MARTÍN. Coord.). *Las Crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Valencia, 2010. Edit. Tirant lo Blanch.

J. I. BOLAÑOS CARTUJO. «Disolución de disputas legales en mediación familiar». *Educación social; Rev. de intervención socioeducativa*. Nº 8. Barcelona, 1998.

— «La construcción de un espacio cooperativo en mediación familiar». *Rev. Apuntes de psicología*. Nº 2-3. Vol. 18. 2000.

C. BOLDO RODA; M.M. ANDREU MARTI. *La mediación en asuntos mercantiles*. Valencia, 2015. Edit. Tirant Lo Blanch.

M.C. BOQUE TORREMOREL. *Tiempo de Mediación*. Madrid, 2005. Edit. CEAC.

H.J. BOUCHÉ PERIS; F. HIDALGO MENA, Francisco (Direc.). *Mediación Familiar.* Madrid, 2009. Edit. Dykinson.

J. BRETT. *Aspectos culturales*. En *Gestión del conflicto, negociación y mediación* (L. MONDUATE JACA; F.J. MEDINA DÍAZ. Coord.) Madrid, 2005. Edit. Pirámide.

M. CABALLERO RIBERA; M. BOJANE. «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en al determinación de su interés?». *La Ley: Rev. jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 6. 1996.

M.C. CAMBA CONSTENLA. «La justicia constitucional en Francia». *Revista Catalana de derecho público.* Nº. 20. 1995.

I. CAMPILLO POZA. «Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España». *Rev. Política y Sociedad.* Nº 1. Vol. 47. 2010.

A.L. CAMPO IZQUIERDO. «La Mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia: análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar». *Rev. de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación.* Nº 26. 2005.

N. CAMPS MIRABET. *Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*. (A. PADIAL ALBÁS.; M.A. TOLDRÁ I ROCA. Coord.); Lérida. 2004. Edit. Tirant Monografías.

H. CAMPUZANO TOMÉ. «La custodia compartida. Doctrina Jurisprudencial de las Audiencias Provinciales». *Rev. Aranzadi Civil*. Nº 22. 2004.

M. CARBALLO FIDALGO. «El derecho de visitas de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustanciales y procesales». *Rev. de Derecho de Familia*. N º 30. 2006.

G. CARBONELL BENITO. *El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del defensor del menor y del ministerio fiscal. La protección del menor*. (A. VALLES COPEIRO DEL VILLAR. Coord.). Madrid, 2009. Edit. Tirant lo Blanch.

A. CARRETERO SÁNCHEZ. «El nuevo planteamiento del derecho de visita». *Rev. La Ley* Nº 2. 1994.

J. CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho de familia. Relaciones paterno-filiales y tutelares.* Revisada por G. GARCÍA CANTERO. Madrid, 1995. Décima edición. Edit. Reus.

C.C. CASTILLO MARTÍNEZ. *Medidas relativas a los hijos menores de edad: atribución de la guarda y custodia y régimen de visitas. El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos.* (J. LLOPIS GINER. Coord.) Madrid, 2006. Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

— «La determinación en la guarda y custodia de menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores; especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la ley 15/2005 de 8 de julio». *Actualidad Civil.* N º15. 2007.

A.M. CASTRO SERÉN. *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*; (C. LASARTE ÁLVAREZ, A. DONADO VARA, M.A. MORETÓN SANZ, F. YÁÑEZ VIVERO. Coord.). Sevilla, 2004. Edit. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.

P. CERON ZAPATA. «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Reino Unido. Derecho al respeto a la vida privada y familiar». *International Law. Rev. Colombiana de derecho Internacional*. Nº 6. 2005.

M. COLIN; F. ESCRIBANO MORA (trad.) *«La justicia sobre menores en Francia». Jueces para la democracia*. Nº 3. 1988.

M. COMA VILARÓ «Mediación y conflicto judicial: una visión necesaria para el Derecho desde la Psicología». *Rev. Economist & Jurist*. Nº 196. Vol. 14. 2006.

D. CORNWELL. *Ideas de Derecho de Familia en Gran Bretaña y Gales*. Edit. Thomas-More-Chambers. Madrid, 2011.

E. CORRAL GARCÍA. «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos». *Rev. general de derecho*. Nº 682. 2001.

F.M. CORVO LÓPEZ. *La mediación como forma de solución del conflicto familiar.* (En *Nuevos conflictos del derecho de familia.* E. LLAMAS POMBO Coord.). Las Rozas (Madrid). 2009. Edit. La ley.

A. DE LA OLIVA VÁZQUEZ. *Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas* en AA.VV *La protección del menor en las rupturas de pareja* (M.C. GARCÍA GARNICA. Coord.). Pamplona, 2009. Edit. Aranzadi.

J.M. DÍAZ FRAILE. *Mediación Civil y Mercantil*; ISBN 10-8411306879; 08.11.2022. Edit. Tiran lo Blanch.

I. DELGADO PUGES. «La composición del Ministerio Fiscal en Francia y en España» *Anales* de filología francesa. Nº 18. 2010.

J. DELGADO ECHEVERRÍA; M.A. PARRA LUCÁN. *Manual de Derecho Civil Aragonés*. Zaragoza, 2006. Edit. El Justicia de Aragón.

J. DELGADO ECHEVERRÍA (Dir.). M.C. BAYOD LÓPEZ, J.A. SERRANO GARCÍA (Coord.). *Código de Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*. Zaragoza, 2015. Edit. Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia.

J.M. DEL VAS GONZÁLEZ. *Instituciones Jurídicas de Protección del menor en el derecho civil español*. (M.I. DE LA IGLESIA MONGE. Coord.). Madrid, 2009. Edit. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España. Colección Monografías.

R. de DIEGO VALLEJO. *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares.* (R. LÓPEZ SAN LUIS Coord.). Barcelona, 2001. Edit. Comares.

R. DE DIEGO VALLEJO; C. GUILLEN GESTOSO. *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas.* Madrid, 2008. Edit. Pirámide.

G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los tribunales de justicia*. Valencia, 2010. Edit. Tirant lo Blanch.

— *Derecho de Familia*. Thomson Reuters. Edit. Aranzadi SA. Navarra, 2012.

L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN BALLESTEROS. *Instituciones de Derecho Civil. Vol. II. Derecho de Familia*. Madrid. Tecnos 1998.

L. DÍEZ-PICAZO. *El principio de protección integral de los hijos: La tutela de los Derechos del Menor. (*J.M. GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Córdoba. Coord.). 1984. Edit. Junta de Andalucía.; citado por M.T. MARÍN MELENDEZ.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96 CC): Teoría y Practica Jurisprudencial*. Pamplona, 2005. Edit. Aranzadi.

M.C. DÍAZ SIERRA. *El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del interés superior del menor. El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El niño como sujeto de derecho; El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas*; Mendoza, Argentina. Vol. 2, 1998.

N.M. DENTICI VELASCO; A.M. LORCA NAVARRETE. *La nueva Ley de Divorcio 2005. Especial referencia a la mediación.* San Sebastián. 2005. Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal.

J. DOMINGO MONFORTE. «Custodia compartida disensual. Rara Avis». *Rev. de Familia*, Nº 37. 2007.

A. DURÁN AYAGO. *La necesaria elaboración de una normativa comunitaria sobre menores no acompañados nacionales de terceros estados inspirada en el principio del interés superior del menor. Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los derechos del Niño* (C. VILLAGRASA ALCAIDE; I. RAVETLLAT BALLESTE. Coord.), I; Barcelona. 2009 Edit. Bosch.

A. DURÁN AYAGO., R. ESPINOSA CALABUIG. «Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo». Nº 17. 2009.

J. ESCRIVÁ-IVARS. *Matrimonio y Mediación familiar. Documentos del Instituto de ciencias para la familia*. Madrid, 2001. Edit. Rialp.

C. ESPARZA OLCINA. *La guarda compartida. Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005* (R. DE VERDA Y BEAMONTE. Coord.). Pamplona, 2006. Edit. Thomson Aranzadi.

A. A. ESTANCONA PÉREZ; Coord: Dir. Mar Aranda Jurado; *La práctica de mediación intrajudicial en el ordenamiento jurídico español;* Edit. Tirant lo Blanch 23/10/2023.

A. FARELO DE RATO Coord. Perez Martell, Rosa, Lorca Navarrete Antonio María, González García, Jesús María. ISBN 978-84-19045-24-9. Págs. 181-204. *La opinión del experto independiente en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal*. Edit. J.M Bosch 2021.

M.A. FÉLIX BALLESTA, *El divorcio en el derecho francés*. Barcelona, 1998. Edit. Universidad de Barcelona.

C. FERNADEZ CANALES. En *Practicum Mediación*. AAVV *Normativa reguladora*. Pamplona, 2013. Edit. Aranzadi.

M.D. FERNÁNDEZ CASADO, *Una aproximación al principio del interés superior del menor. Protección jurídica del menor*. Granada, 1997. Edit. Comares.

J.M. FERNÁNDEZ MILLAN; M.M. ORTIZ GÓMEZ. *Los conflictos: como desarrollar habilidades como mediador*. Madrid, 2006. Edit. Pirámide.

J.M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ. «Venta de bienes inmuebles de los hijos sin autorización judicial. Examen del artículo 166 del Código Civil». Nº 1. 2011.

X. FERREIRO BAAMONDE; R. TAVOLARI OLIVEROS. *La mediación familiar: un tratamiento complementario al proceso para el conflicto familiar. El ejemplo de la ley de mediación familiar de Galicia. Derecho procesal contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*. Santiago de Chile. 2010. Edit. Thomson Reuters.

J. FOLGER; (R.A. BARUCH; T. S. JONES. Coord.), *Ideología, orientación, respecto del conflicto y el discurso de la mediación. Nuevas direcciones en mediación: investigación y perspectivas comunicacionales*. Barcelona, 1997. Edit. Paidós.

J.F. FRANCO YAGÜE. «Los equipos técnicos en el procedimiento: la valoración del interés del menor». *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*. Madrid. Nº 6. 2000.

S. GAMBINO. «La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos». *Rev. de derecho constitucional europeo.* Nº. 8. 2007.

J. GARCÍA ALBA «La mediación familiar desde la perspectiva Psicosocial». *Documentos de trabajo social: rev. de trabajo y acción social.* Nº 23. 2001.

G. GARCÍA CANTERO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBADALEJO GARCÍA. Direc.) *T. II Artículos 42 a 107 CC*. Madrid, 1982. Edit. Edersa.

— «Notas sobre representación legal en el derecho de familia». *Rev. Actualidad civil*. Nº 1. 1990.

— *Comentario de la Ley 12/2001 de 2 de Julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.* Zaragoza, 2002. Edit. Colección El Justicia de Aragón.

— *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley 21 Noviembre 2003*. Madrid, 2004. Edit. Civitas.

M.C. GARCÍA GARNICA. *Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio.* Pamplona, 2008. Edit. Aranzadi.

M.P. GARCÍA-LONGORIA y SERRANO; A. SÁNCHEZ URIOS. «La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares». *Rev. de trabajo Social*. Nº 10. Vol. 4. Málaga. 2004.

M. GARCÍA PASTOR. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Madrid, 1997. Edit. Mc Graw Hill.

M.P. GARCÍA RUBIO; M. OTERO CRESPO. «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005». *Rev. Jurídica de Castilla y león*. Nº 8. 2006.

J.M. GARCÍA MORENO. «El derecho procesal en Inglaterra y Gales». *Rev. de derecho procesal.* 2005.

— «Algunas notas sobre la responsabilidad de los jueces en Inglaterra y Gales». *Estudios de derecho judicial*. Nº 153. 2008.

M. GARCÍA TOMÉ. «La mediación familiar y su práctica profesional» *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº 25. 2002.

— «La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar» *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº. 36. 2008.

I. GARCÍA PRESAS. «El procedimiento de la mediación familiar». *Actualidad civil*. Nº 8. 200.

L. GARCÍA VILLALUENGA. «La mediación familiar: una aproximación normativa». *Rev. de trabajo social*. Nº. 7. 2007.

— *La mediación familiar en España.* Madrid, 2011. Edit. Univ. Complutense de Madrid.

S. GASPAR LERA. «Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: Validez, eficacia y discrecionalidad judicial». *Rev. para el Análisis del Derecho,* Nº. 3. 2012.

S. GAVIRIA. *Juventud y familia en Francia y España*. Madrid, 2007. Edit. *Centro de Investigaciones Sociológicas.*

R. GAYA SICILIA. «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos». *Anuario de Derecho Civil.* Nº 1. 2002.

M.C. GARCÍA GARNICA. *Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio.* Pamplona, 2008. Edit. Aranzadi.

P. GÓMEZ MAGAN. «Síndrome de alienación parental» *Rev. de familia.* Nº 38. 2007.

M. del REY GÓMEZ-MORATA. «Puntos de encuentro familiar, una transición hacia la mediación intrajudicial». *Rev. de mediación*. Nº 9. 2012.

M.I. GONZÁLEZ CANO. *Los métodos alternativos de resolución de conflictos*. En H. SOLETO MUÑOZ; M. OTERO PARGA. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid, 2007. Edit. Tecnos.

C. GONZÁLEZ PREPOUZO. *El interés superior del menor desde la perspectiva del derecho internacional privado. El derecho de familia y los*

nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El niño como sujeto de derecho; El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas; Mendoza (Argentina). Vol. 2. 1998.

M.P. GONZÁLEZ VICENTE. *Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar*. AA.VV *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. Madrid, 1998. Edit. Rodríguez Torrente.

J. A. GONZÁLEZ SAIZ. *La guarda y custodia de los hijos menores en supuestos de crisis matrimonial*. Santoña. 1997. Edit. Monte Buciero, pág. 122.

C. GÓMEZ MARTÍNEZ. «La selección y formación inicial de jueces en Francia». *Jueces para la democracia.* Nº. 23. 2004, pág. 83.

N.S. GORVEIN. *Mediación en los supuestos de conflicto de pareja: separación, divorcio y nulidad. Mediación Familiar*. Madrid, 2010. Edit. Dykinson 2010.

C. GUILARTE MARTÍN-CALERO. *Comentarios al primer párrafo y al apartado a) del artículo 90 del Código Civil» y Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil*. AA.VV. (V. GUILLARTE GUTIÉRREZ. Coord.). *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005 de 8 de Julio.* Valladolid. 2005. Edit. Lex Nova.

— «La custodia compartida alternativa». *Rev. para el análisis del Derecho*. Nº 2. 2008.

R. GUTIÉRREZ SANZ. Actas Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza, 2011. Edit. El Justicia de Aragón.

R. GUTIÉRREZ SANZ.; A. BONET NAVARRO «La mediación familiar y su reflejo en la ley 9-2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón». Zaragoza, 2012. Edit. Justicia de Aragón.

J.M. HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid, 1995. Edit. Gaia.

M. HERRANZ BALLESTEROS. «El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado». Valladolid 2004. Edit. Lex Nova.

F. HIDALGO MENA. *Mediación familiar: un proceso para la reestructuración de la organización familiar en situación de conflicto. Mediación familiar*. Madrid, 2010. Edit. Dykinson.

E. HIJAS FERNÁNDEZ. *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*. Valladolid. 1999. Edit. Lex Nova.

C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ. «La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados» *Rev. La Ley*. Nº 2. 2004.

R. HERNÁNDEZ MARTÍN; A.MARTÍNEZ SAL. «Proyecto de implantación de la mediación familiar intrajudicial en España: experiencia de los equipos de mediación familiar de los centros de apoyo a las familias nº 5 y 6 del Ayuntamiento de Madrid en colaboración con el juzgado de primera instancia 29 de Madrid». *Rev. Estudios de derecho judicial*. Nº 111. 2006.

I. HERNANDO COLLAZOS. *Causas de divorcio: derecho español y francés comparado*. País Vasco. 1989. Edit. Universidad del País Vasco.

J. IGLESIAS DE USSEL, Julio; (F. ROMERO NAVARRO. Coord.) *Mediación, consenso y conflicto familiar. La mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación.* Madrid, 2005. Edit. Gobierno de Canarias. Consejería de presidencia y justicia.

INFORME REENCUENTRO, sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial. Elaborado por la asociación de padres de familia separados. Madrid, 2002.

INFORME RENACER. Federación de asociaciones por la Custodia compartida. Madrid, 2004.

J. IVARS RUIZ. *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. Valencia, 2007. Edit. Tirant lo Blanch.

— *Guarda y custodia compartida.* Valencia, 2008. Edit. Tirant lo Blanch.

I. JIMÉNEZ AYBAR. *Dialogo sobre el principio del interés superior del menor. La familia, protagonista*. Pamplona, 2003 Edit. Comisión organizadora del congreso general de la familia.

M.J. JIMÉNEZ LINARES. *El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial*. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* (R. HERRERA CAMPOS. Coord.). Vol. 2, Almería, 2000. Edit. Universidad de Almería.

E. JULIO PETTIGIANI. *El interés superior del menor: ¿es superior a otro interés?. El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Familia. El niño como sujeto de derecho, El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas.* Vol. II. Mendoza (Argentina). 1998.

C. KLEINER. *Tendencias actuales en derecho internacional privado francés*. Edit. Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra. 2010.

J.L. LACRUZ BERDEJO; J. RAMS ALBESA et al. *Elementos de Derecho Civil. Familia IV.* Madrid, 2008. Edit. Dykinson.

C.LAZÁRO GUILLAMON; J.L. ZAMORA MANZANO. «Algunas consideraciones sobre la mediación: perspectiva histórica y on line dispute resolution». *Rev. general de derecho romano.* Nº 25. 2015.

I. LAZÁRO GONZÁLEZ. *Los menores en el Derecho español*. Madrid, 2002. Edit. Tecnos.

F. LLEDÓ YAGÜE. *Compendio de derecho de Familia.* Madrid, 1999. Edit. Dykinson.

— *Sistema de Derecho Familia*. Civil. Madrid, 2002. Edit. Dykinson.

A.M. LORCA NAVARRETE; N.M. DENTICI VELASCO *La nueva Ley de Divorcio 2005. Especial referencia a la mediación.* San Sebastián. 2005. Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal.

L.S. LÓPEZ HERRERO.; L. AGUILAR REDORTA; M.E. GONZÁLEZ LUCAS; l. LINARES ÁLVAREZ. «Los efectos de las rupturas en los hijos». *Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial* Nº. 24. 2005.

M. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI. *Código de la familia*. Madrid, 2001. Edit. Colex.

J.J. LÓPEZ ORDIALES. *Custodia compartida. Cuestiones procesales en La jurisdicción de Familia. Especialización. Ejecución de resoluciones y Custodia compartida*. Madrid, 2008. Edit. Consejo General del Poder Judicial.

P.M. LÓPEZ ROMERO. *Interés superior del menor y custodia*. Análisis jurisprudencial. *Rev. Economist & Jurist*. Vol. 19. Nº 151. 2007.

R. LÓPEZ SAN LUIS. *La capacidad contractual del menor en derecho francés y español* Almería, 1999. Edit. Universidad de Almería.

— *La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida*. En AA.VV *La protección del menor en las rupturas de pareja*. (GARCÍA GARNICA. Direc.) Pamplona, 2009. Edit. Aranzadi.

— *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares. Mediación y custodia compartida. Aspectos jurídicos y psicosociales de la gestión eficaz de los conflictos en la ruptura de pareja*. Granada 2011. Edit. Comares.

R. LLORENTE PINTOS. «El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta» *Rev. de Derecho de Familia*. N º 33. 2006.

F. J. MAGAÑA BALANZA. «El ejercicio y desarrollo de los derechos de los niños y de los adolescentes en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón: Análisis de su nueva regulación jurídica». Huesca 2001. *Rev. de la Escuela de Magisterio de Huesca.*

V. MAGRO SERVET. «El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código Penal por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre». *Rev. La Ley.* Nº 1. 2004.

M.T. GARCÍA DE LEONARDO. «Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida». *Rev. de Derecho Patrimonial*. Nº 22. 2009.

A. MARIO MORELLO. *Aspectos procesales del conflicto referentes a la guarda y custodia de menores de padres separados. Familia y sucesiones. Enfoque actual. Madri*d, 2006. Edit. Librería Editorial Platense.

C. MARQUÉS CEBOLA. *La Mediación.* Madrid, 2013. Edit. Marcial Pons.

M. MARTÍN CASALS «Las parejas de hecho en el Derecho Europeo: realidad, variantes y perspectivas» *Asociación española de abogados de Familia*. Madrid, 1999.

A. MARTÍN SÁNCHEZ. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar. El interés del menor en la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero*

de Protección jurídica del Menor y en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, reformadas por las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000 de 23 de diciembre. Madrid, 2002. Edit. Dykinson.

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia,* Madrid, 1996. Edit. Rialp.

— «Notas críticas sobre la Ley relativa de parejas estables no casadas». *Aequalitas: Rev. Jurídica de igualdad de oportunidad entre hombre y mujeres.* Nº 2. 1999.

— «Las uniones de hecho: Derecho aplicable». *Actualidad civil.* Nº 36. 1999.

— *Las nuevas fronteras del Derecho de familia: una aproximación de Derecho español*, en «Libro-Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera». La Coruña. 2002. Edit. Colegio Notarial de La Coruña.

— *Nuevas perspectivas sobre el Derecho de familia: perplejidades, claves y paradojas*. En *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Madrid, 2005. Edit. Consejo General del Poder Judicial.

— «A cada uno su familia, a cada familia su Derecho. Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad». *Rev. Teoría y Derecho.* Vol. 2. 2007.

— «Nuevos modelos de familia: la respuesta legal». *Rev. española de derecho canónico.* Nº 163. Vol. 64. 2007.

— «La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares antes la ruptura de convivencia de los padres». *Actas Foro de Derecho Aragonés 2010.* Edit. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2011.

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ; P. De PABLO CONTRERAS; M.A. PÉREZ ÁLVAREZ; M.A. PARRA LUCÁN. *Curso de Derecho Civil. Derecho Privado, Derecho de la persona*. Madrid, 2001. Cuarta Edición. Edit. Colex.

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ; P. De PABLO CONTRERAS; M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. Cuarta edición. Madrid, 2013. Edit. Colex.

J. MARTÍNEZ RIPA. «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial: a propósito de la STS de 22 de abril de 2010». *Diario La Ley*. Nº 7566. 2011.

M.V. MAYOR DEL HOYO. «En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del niño» *Derecho Privado y Constitución*. Nº 7. 1995.

— *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil.* Granada 1999. Edit. Comares.

I. MIRALLES GONZÁLEZ. «El interés del menor y la privación de la patria potestad». *Aranzadi civil: rev. doctrinal*. Nº 2. 2004.

P. MIRALLES SANGRO. «La declaración Universal de los Derechos Humanos y la Protección Internacional de los Derechos de los menores». *Rev. A Distancia*. Edit. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Nº 2. 1998.

M. MIRANDA ESTRAMPES. «La protección de menores desde una perspectiva constitucional». *Cuadernos de derecho judicial*. *Consejo General del Poder Judicial*. Nº 2. 2009.

V.L. MONTES; E. ROCA (Coord.). *Derecho de Familia.* Valencia, 1995. Edit. Tirant lo Blanch.

A. MONSERRAT QUINTANA. «La custodia compartida en la Nueva Ley 15/2005 de 8 de julio». *Práctica de Tribunales*. Nº 23. 2006.

M. I. MORÁN GONZÁLEZ. *El Ministerio Fiscal y los sistemas de Guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor*, en J.J. TAPIA PARREÑO: *Custodia Compartida y Protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2009. Madrid, 2009. Edit. Consejo General del Poder Judicial.

G. MORALES FERNÁNDEZ «Gestión de emociones y razones». *Rev. La Toga*. Nº. 163. 2007.

L. MUNDUATE JACA; F.J. MEDINA DÍAZ (coord.). *Gestión del Conflicto, negociación y mediación.* Madrid, 2011. Edit. Pirámide.

P.A. MUNAR BERNAT (C.LASARTE ÁLVAREZ; A. DONADO VARA; M. F. MORETÓN SANZ; F. YÁNEZ VIVERO. Coord.). *Notas sobre la proyectada regulación de la mediación familiar en las Islas Baleares.*

Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Sevilla, 2004.

L. MURILLO JASO. *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón.* Zaragoza, 2005. Edit. Colección el Justicia de Aragón.

NANCLARES VALLE. «La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de pareja». *Revista jurídica del Notariado*. Nº 70. 2009.

S. NAVAS NAVARRO. *El interés del menor desde una perspectiva comparada. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo (*Cabanillas Sánchez, A. Coord). *Derecho Civil. Parte general*. Vol. 1, Madrid, 2002. Edit. Civitas.

NEBREDA DÍAZ de ESPADA; E. SANTA MARÍA VIZOSO. «Tomando contacto con la mediación familiar en Andalucía y su demostrada utilidad en conflictos intergeneracionales». *Documentos de trabajo social: revista de trabajo y acción social*. Nº 30. 2003.

J.G. NOGALES DEJUDO. Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea. Madrid, 2006. Edit. Consejo General del Poder Judicial.

O'Callaghan Rodriguez, Carlota. Coord: Enrique Ortega Burgos, María Teresa Echevarría de Rada *El nuevo paradigma en Derecho de Familia. El Derecho Colaborativo Derecho de familia 2021*. Tiratn lo Blanch 05/07/2021.

X. O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV*. *Derecho de Familia*. Madrid, 2012. Edit. Universitaria Ramón Aceres.

J. OCÓN DOMINGO. «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.* Nº 45. Edit. Ministerio de Trabajo e Inmigración. 2003.

J. ORDUÑA MORENO. *El influjo del derecho privado europeo en la metodología del Código Civil. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Cabanillas Sánchez, A. Coord). Derecho Civil. Parte general. Vol. 1, Madrid, 2002 Edit. Civitas.

G. OROZCO PARDO. «Notas acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scout H. Hughes sobre la

Protección Institucionalizada de los Mediadores en Estados Unidos». *Rev. de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*. Nº. 5. 2002.

V. ORTEGA LLORCA. «La protección de los hijos menores en el proceso matrimonial». *Rev. Derecho Privado y Constitución*. Nº 620. 1996.

M.C. ORTE SOCÍAS; L. BALLESTER BRAGE; J. L. OLIVAR TORELLO «Estrategias para la resolución de conflictos». *Rev. electrónica inter-universitaria de formación del profesorado».* Nº 2. Vol. 6. 2003.

P. ORTUÑO MUÑOZ:

«La aprobación judicial de los acuerdos en la mediación familiar». *Rev. Apuntes de psicología.* Nº 2-3. Vol. 18. 2000.

El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Madrid, 2006. Edit. Civitas Ediciones.

M.R. PALOMAR DEL RÍO. *Derecho de Familia y La Ley de mediación familiar: los acuerdos de mediación familiar. Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León.* (N. BELLOSO MARTÍN. Coord.). León. 2006. Edit. Junta de Castilla y León.

A. PALMA DEL TESO. «El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores». *Cuadernos de derecho local*. Nº. 4. 2004.

A. PAÑOS PÉREZ. «El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor». *Actualidad Civil*. Nº. 8. 2012.

L. PARKINSON. «La necesidad de normas y regulación en la mediación familiar». *Apuntes de psicología.* Nº 2-3, Vol. 18. 2000.

— *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, 2005. Edit. Gedisa.

M.C. PASTOR ÁLVAREZ. «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica». *Anales del Derecho. Educatio Siglo XXI* · Nº 2. Vol. 30. 2012.

E. PASTOR SELLER; E. IGLESIAS ORTUÑO. «La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar» *Rev. Entramado*. Nº 1. Vol. 7. 2011.

D.S. PEDROSA; J.M. BOUZA José *Síndrome de alienación parental (S.A.P.)* Buenos Aires. 2008. Edit. García Alonso.

M. PELAEZ DEL ROSA; P. ALEJANDREZ PEÑA; M.I. GARCÍA DE LA PUERTA LOPE. «Necesidad de la regulación material y procesal el derecho de relación entre abuelos y nietos». *Rev. Derecho y opinión.* Nº 8. 2000.

V. PELAEZ PÉREZ. *La defensa del menor: el interés superior del menor. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. Madrid, 2002. Edit. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

J. D. PELAYO OLMEDO; Leyes sobre parejas de hecho.: *Análisis comparado de la legislación existente en algunos países de la unión europea.: Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI.* (C. LASARTE ÁLVAREZ, A. DONADO VARA, M. F. MORETÓN SANZ, F. YÁÑEZ VIVERO. Coord.). Sevilla, 2004. Edit. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.

C. PÉREZ CONESA. «¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales». *Rev. Doctrinal*. N º 8. 2011.

M.T. PÉREZ GIMÉNEZ. «La mediación en el Marco del protocolo familiar». *Rev. Actualidad Civil*. Nº. 9. 2010.

M. PÉREZ SALAZAR-RESANO. *Patria Potestad*, en P. GONZÁLEZ POVEDA. *Tratado de Derecho de Familia*: *Aspectos Sustantivos y Procesales*. Madrid, 2005. Edit. Sepin.

A.M. PÉREZ VALLEJO. *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* Granada, 2001. Edit. Comares.

— *Régimen de visitas del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos,* en AA.VV. *La protección del menor en las rupturas de pareja*. (M.C. GARCÍA GARNICA. Direc.). Pamplona, 2009. Edit. Aranzadi.

M.A. PRESNO LINERA. «El derecho europeo de familia». *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional.* Nº 22. 2008.

V. PÉREZ DAUDI. *La mediación y las medidas cautelares*. Barcelona, 2012. Edit. InDret.

A.J. PÉREZ MARTÍN. *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid. 1995. Edit. Lex Nova.

A. M. PÉREZ VALLEJO. *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* Granada, 2001. Edit. Comares.

— «Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial» *Actualidad Civil.* Nº. 16. 2009.

L. PIUG I FERRIOL. *Manual de Derecho Civil* I. *Introducción y derecho de la persona*. Madrid, 1995. Edit. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, pág. 199.

L.F. RAGEL SÁNCHEZ «La guarda y custodia de los hijos». *Rev. Derecho Privado y Constitución*. Nº 15. 2001. Madrid.

F. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE. *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.* 2011. Edit. Thomsom Reuters Aranzadi.

H. REDERO BELLIDO. «Servicios Sociales para menores en Francia». *Alternativas: cuadernos de trabajo social.* Nº 8. 2012.

J. REDORTA LORENTE. «El otro lado de la mediación: el conflicto preexistente». *Rev. Apuntes de psicología,* Nº 2-3. Vol. 18. 2000.

— «La evolución de la mediación y el estudio del conflicto». *Rev. Trabajo social hoy.* Nº Extra 1. 2005.

— *Cómo analizar los conflictos*. Barcelona, 2007. Edit. Paidós.

— *Aprender a resolver conflictos*. Barcelona, 2007. Edit. Paidós.

— *Entender el conflicto. La forma como herramienta*. Barcelona, 2007. Edit. Paidós Ibérica.

J.M. RIVERA ÁLVAREZ. «La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil» *Cuadernos de Trabajo Social.* Nº 18. 2005.

F. RIVERO HERNANDEZ. *Matrimonio y divorcio*. *Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil (*J.L. LACRUZ BERDEJO. Coord.). Madrid, 1994.

— *El derecho de visita*. Barcelona, 1997. Edit. Bosch 1997.

El interés del menor. Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada. (R. HERRERA CAMPOS. Coord.). Vol. 3. Madrid, 2001. Edit. Dykinson.

M.M. ROBLEDO BUCIO. «Profesores y mediación familiar como alternativa para una mejor adaptación de los niños/as ante el divorcio». *Rev. Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*. Nº 3. 2010.

L. RODOLFO ARGÜELLO. *Manual de derecho romano. Historia e Instituciones.* Buenos Aires. 1998. Edit. Astrea.

E. ROCA I TRIAS. *Familia, familias y Derecho de Familia*. Madrid, 1990. Edit. ADC.

M.B. RODRIGO LARA. «La Libertad religiosa y el interés del menor». *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*. Nº 17. 2001.

M.G. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA. «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas». *Rev. crítica de derecho inmobiliario*. Nº 736. 2013.

F. ROMERO NAVARRO. «La mediación familiar». *Rev. del Ministerio de Trabajo e inmigración.* Nº. 40. 2002.

— «La agencia del cambio en la separación matrimonial: el papel del mediador familiar». *Rev. de ciencias y orientación familiar*. Nº. 25. 2002.

— «La formación en mediación familiar en las universidades públicas y privadas de España». *Rev. de trabajo social*. Nº 2. Vol. 11. 2011.

F. ROMERO NAVARRO; J. IGLESIAS DE USSEL. *Mediación, consenso y conflicto familiar. La mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación.* Madrid, 2005. Edit. Gobierno de Canarias. Consejería de presidencia y justicia.

A.M. ROMERO COLOMA. *La guarda y custodia compartida (Una mediación familiar igualitaria).* Madrid, 2011. Edit. Reus.

M.E ROVIRA SUEIRO. «La familia de hecho en Italia: estado actual de la cuestión». *Rev. Derecho privado y Constitución*. Nº 12. 1998.

M.J. RUIZ GARCÍA. *Mediación y custodia compartida. Aspectos jurídicos y psicosociales de la gestión eficaz de los conflictos en la ruptura de pareja*. En *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares.* Granada, 2011. Edit. Comares.

M.J. RUIZ MARIN. *Mediación y Protección de menores en Derecho de Familia.* Madrid, 2005. Edit. Consejo General del Poder Judicial.

J.M. RUIZ-RICO RUIZ; M.J. GARCÍA ALGUACIL. «Representación legal de los menores y abuso de poder representativo». *Rev. de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*. Nº 24. 2001.

C. SÁENZ RODRÍGUEZ. *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. Madrid, 2008. Edit. Thomson. Aranzadi.

M. SALANOVA VILLANUEVA. «Aproximación al derecho de visita». *Rev. Actualidad. Civil*. Nº 2. 1995.

B. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS. *El interés del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor* (R. HERRERA CAMPOS; M.A. BARRIENTOS RUIZ. Coord.). Vol. 1. El Ejido. 2011. Edit. Universidad de Almería.

G. SÁNCHEZ CASTRILLO. «Divorcio Express y nuevos matrimonios: últimas reformas del Código Civil» *La revista*. Nº 41. 2005.

I. SÁNCHEZ IGLESIAS. «Infancia y Adolescencia ante la separación de los padres: Efecto mediador de los Puntos de Encuentro Familiares». *Rev. de Estudios de Juventud*. Nº 73. 2006.

F. SANTOS URBANEJA. «¿Qué significa el interés del menor?». *Rev. de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*. Nº 15. Madrid, 2002.

J.L. SARIEGO MORILLO. *La custodia compartida en Estados Unidos. Estudio de Derecho Comparado.* Sevilla, 2010. Edit. Lex Family.

A. SERRANO MOLINA. *El abogado ante los retos de la mediación familiar. Reto de la abogacía ante la sociedad global.* Madrid, 2012. Edit. Civitas.

J.M. SENENT SÁNCHEZ; R. LÓPEZ MARTÍN; P. CÁNOVAS LEONHARDT (Coord.). *Las técnicas de comunicación en las situaciones de conflicto y mediación.* Valencia, 2007. Edit. Univ. de Valencia.

G. SERRANO MARTÍNEZ. «Eficacia y mediación familiar». *Boletín de psicología*. Nº 92. 2008.

F. SERRANO CASTRO. «Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Puntos de encuentro familiar», en AA.VV. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Madrid, 2002. Edit. Dykinson.

— *Relaciones Paterno-Filiales*. Madrid, 2010. Edit. Grupo el Derecho.

A. SERRANO MOLINA. *El abogado ante los retos de la mediación familiar. Reto de la abogacía ante la sociedad global.* Madrid, 2012. Edit. Civitas.

J.M. SCHERPE «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales: Equidad, libertad y elementos extranjeros». *Rev. para el Análisis del Derecho*. Nº 2. 2012.

H. SOLETO MUÑOZ. «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil». *Rev. Diario La Ley*. Nº 7834. 2012.

H. Soleto Muñoz. «La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho». *Revista Abogacía Española* 2012.

E. SOUTO GALVAN. *Mediación Familiar*. Madrid, 2012. Edit. Dykinson.

J.A. SOUTO PAZ. *Derecho Matrimonial*. Barcelona, 2003. Edit. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.

S. TAMAYO HAYA., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia». Sec. *Estudios doctrinales Revista de Familia*. Nº 41. 2008.

A. TEJEDOR HUERTA. «El síndrome de alienación parental». Madrid, 2007. Edit. Eso.

I. TENA PIAZUELO. *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid, 2000. Edit. Centro de Estudios Regístrales.

— «La guarda compartida en Derecho francés» *Rev. Aequalitas*. Nº 7. 2001.

— *«Primeros pasos legislativos de la Mediación familiar en España»*. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor D. Luis Diez-Picazo*. Madrid, 2003. Edit. Thomson Civitas.

— «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia». *Rev. Aequalitas* Nº 18. 2006.

— «Los efectos colaterales de las reformas. La mediación familiar». *Estudios de derecho judicial*. Nº 130. 2007.

— *Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida. Factores y contenidos de la evolución del derecho de familiar*. *Simposio de Derecho de Familia.* Uruguay. 2008. Edit. Univ. de Montevideo.

— «Custodia Compartida en Aragón (ley 2/2010): ¿niños "de primera"?». *Rev. Aranzadi civil-mercantil*. Nº 17. 2011.

— «Ley aragonesa de mediación familiar…, la que faltaba». *Rev. Diario La Ley.* Nº 7626. 2011.

— «Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida». *Rev. Actualidad Civil*. Nº 23. Vol. 14. 2012.

— *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. Pamplona, 2015. Edit. Thomson Reuters.

M.A. TORRES MATEOS. *Patria Potestad*. Madrid, 2007. Edit. Aranzadi.

E. URTEAGA OLANO. «Fundamentos y organización de las políticas sociales en Francia» *Rev. de trabajo Social*. Nº 2. Vol. 9. 2009.

J.L. UTRERA GUTIÉRREZ. *Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación. Actualización del derecho de familia y sucesiones*. Madrid, 2004. Edit. Dykinson.

M.L. VALLÉS AMORES. «A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos» *Rev. AC.* Nº 1. 2005.

M. VALLI. «La evolución de las familias en los países del Mediterráneo: Italia». Rev. *española de investigaciones sociológicas*. Nº 70. 1995.

B. VARGAS CABRERA. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Editorial Comares. Granada, 1994.

— *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor. El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. Madrid, 1998. Edit. Universidad Pontificia de Comillas.

E. VÁZQUEZ DE CASTRO; C. FERNÁNDEZ CANALES. *Practicum mediación 2014.* Cizur Menor (Navarra) 2013. Edit. Thomson Aranzadi.

R. VÁZQUEZ GUTIÉRREZ; M. GONZALO QUIROGA; F.J. GORJÓN GÓMEZ, A. SÁNCHEZ GARCÍA (Coord.). *Conflicto y manejo de la ira en un procedimiento de mediación/conciliación. Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid, 2011. Edit. Dykinson.

A.M. VALL RIUS. «La mediación: realidad y retos de futuro». *Rev. Diario La Ley*. Nº 6954. 2008.

A.J. VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La custodia compartida: ¿posibilidad o quimera?* En AA-VV *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar.* Pamplona, 2008. Navarra. Edit. Aranzadi.

G. VELAMAZÁN PERDOMO. «El interés del menor: Acercamiento crítico al sistema de protección de menores». La Toga. Nº 138. 2002, pág. 10.

A. VERDERA IZQUIERDO, Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados». *Rev. La Ley.* Nº 7. 2002.

C. VILLAGRASA ALCAIDE .*El interés superior del menor. Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho* (I. Ravetllat Ballesté. Coord.). Madrid, 2011. Edit. Bosch.

C. VILLAGRASA ALCAIDE; M.A. SORIA VERDE; I. ARMADANS; *Mediación Familiar: Conflicto: técnicas, métodos y recursos*. Barcelona, 2008. Edit. Bosch.

B. VIÑAS MAESTRE. «Medidas relativas a los hijos en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda». *Rev. para el Análisis del derecho*. Nº 3. 2012.

M. YZQUIERDO TOLSADA; M. CUENA CASAS. *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen IV. Las relaciones paterno-filiales (II)*. Pamplona 2011. Edit. Aranzadi.

J. I. ZAERA NAVARRETE. *Guía práctica de mediación*. Madrid, 2013. Edit. Tirant lo Blanch.

L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio. El menor en la legislación actual*. Madrid, 1998. Edit. Fundación Antonio de Nebrija.

— *El menor en las crisis matrimoniales de sus padres*. Madrid, 2002. Edit. Dykinson.

— *Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres. La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*. Madrid, 2004. Edit. Dikynson, pág. 30.

L. ZUMAQUERO GIL. *El interés del menor en los Tribunales Españoles. La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño* (E. GONZÁLEZ BOU. Coord.). Madrid, 2010. Edit. Marcial Pons.

XVII. GLOSARIO

A.	Auto
AC	Actualidad civil
ADR	Alternative Dispute Resolution. (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos)
AA.VV.	Autores varios
A.P.	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
Capít.	Capítulo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CFDA	Código Foral de Derecho de Aragón
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
Direc.	Dirección
Edit.	Editorial
Et alii	«Y otros»
Ibid. – *Ibidem*	«Autor citado en el mismo lugar»
INE	Instituto Nacional de Estadística

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIRF	Ley de Igualdad de Relaciones Familiares (Aragón).
L.O.	Ley Orgánica.
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica al Menor.
M.A.S.C.	Medios Alternativos de Solución de Conflictos.
Nº	Número
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas.
Op. cit.	«Autor ya citado».
Pág.	Página.
Rec.	Recurso.
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
R.G.D.	Revista General del Derecho.
Rev.	Revista
Secc.	Sección
Reicaz.	Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.
Sent.	Sentencia.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Trad.	Traductor.
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Univ.	Universidad.
Vid. – Vide.	«remisión a otro escrito»
Vol.	Volumen