

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/ 2016
Convocatoria: Extraordinaria de Marzo.

El Interés superior del menor y su interpretación por los tribunales.

The best interest of minor and its interpretation by
the courts.

Realizado por el alumno Doña Ainoha Chaxiraxi Díaz Robayna.

Tutorizado por el Profesor Don Juan Antonio García García

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Civil.

ABSTRACT

This project deals specifically with the best interest of minors, which is a principle based on the interpretation of laws affecting the minor when it is time for judges and magistrates to make decisions. The best interest of the minor is an abstract concept which must be determined by the courts and it is precisely this undefined legal concept which would determine decisions concerning housing assignment, visitations, parentage, guardianship and shared custody.

Key words: the best interest of minors, concerning housing assignment, visitations, parentage, guardianship and shared custody.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Este trabajo Fin de Grado versa sobre la plasmación legislativa del interés superior del menor, principio que inicialmente se fundamentó en la interpretación de las normas jurídicas que afectaban al menor a la hora de tomar decisiones por jueces y magistrados, y que ahora es objeto de reconocimiento expreso por el legislador español. Aun así, el interés superior del menor es un concepto abierto, indeterminado, que debe ser objeto de concreción por los órganos jurisdiccionales y es precisamente esta labor de interpretación del concepto jurídico indeterminado a la hora de decidir sobre la atribución de vivienda familiar, régimen de visitas, filiación y guardia y custodia compartida, el objeto del presente trabajo.

Palabras claves: interés superior del menor, atribución de vivienda familiar, régimen de visitas, filiación y guardia y custodia compartida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

**SOBRE EL TEMA DEL PRESENTE TRABAJO
LA CAPACIDAD JURÍDICA DEL MENOR**

CAPITULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INTERÉS DEL MENOR

**MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL: ÁMBITO UNIVERSAL Y
REGIONAL**

MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO INTERNO.

**COMENTARIO COMPARATIVO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL INTERÉS
DEL MENOR HASTA LA LEY ORGANICA 1/1996, DEL 15 ENERO DE
PROTECCIÓN DEL MENOR.**

**CAPITULO II: EL ESTUDIO DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA
JURISPRUDENCIA.**

**LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMO MANIFESTACIÓN
DEL INTERÉS DEL MENOR**

**ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CÓNYUGE
CUSTODIO CUANDO EXISTAN HIJOS MENORES DE EDAD.**

**ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. CRITERIO
JURISPRUDENCIAL ADOPTADO HIJOS MAYORES DE EDAD VS
CÓNYUGE NO CUSTODIO.**

**ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO LOS
CÓNYUGES OSTENTEN LA CUSTODIA COMPARTIDA.**

**ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO LOS HIJOS
QUEDAN EN COMPAÑÍA DE UNO DE LOS CÓNYUGES Y LOS
RESTANTES EN OTRO.**

**ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA
INEXISTENCIA DE HIJOS.**

**LA PROTECCIÓN DEL INTERES DEL MENOR. LA FILIACIÓN Y ACCIONES
DE FILIACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.**

LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA CONVIVENCIAL DE SUS PROGENITORES. EL RÉGIMEN DE VISITAS COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

RÉGIMEN DE VISITAS EN SENTIDO ESTRICTO. RÉGIMEN GENERAL.

CAUSAS SUSPENSIÓN O DE PRIVACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS AL PROGENITOR NO CUSTODIO.

RÉGIMEN ESPECIAL DE ATRIBUCION DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

EL RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DE LOS ABUELOS COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

LA ATRIBUCION DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

CAPITULO III: CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA.

INTRODUCCIÓN

A) SOBRE EL TEMA DEL PRESENTE TRABAJO

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de cómo resulta ponderado el interés de los menores, de una parte, y el de los progenitores, de otra, a la hora de acordar medidas judiciales, especialmente en aquellos supuestos de crisis matrimonial. Centramos nuestro estudio de una parte, sobre el proceso legislativo que culmina con la plasmación del menor como un sujeto de derecho-- especialmente con el reconocimiento del derecho de los menores a ser oídos, es decir, cómo se articula la posibilidad de que un menor pueda expresar lo que siente desea, conoce y piensa--, tal y como establece el párrafo segundo del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que, debe otorgársele al niño - toda persona hasta los dieciocho años - el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Debemos tener cuenta que tradicionalmente esto no era así. Ante una situación de crisis matrimonial, se pretendía alejar a menor del conflicto y asegurar la unidad de dirección de la familia, usándolo como medio para lograr un fin. No se contaba con el menor a la hora de tomar los jueces una decisión sobre su destino o futuro, pues todo se basaba en una lucha constante en los juzgados para hacer valer la posición del cónyuge que afirmaba tener un mejor derecho sobre los hijos como si éstos de un mero objeto se tratase, decidiendo sobre su futuro, sin ni siquiera consultarlos, ya que lo único que importaba era hacer sufrir al cónyuge que creían culpable de su separación, evitando que éste viera a los hijos, o compartieran juntos vivencias y experiencias, o que formara parte de su educación, intentando que quedara al margen, llegando a ser incluso un extraño para sus propios hijos. Sin embargo, en la actualidad se trata de garantizar su derecho a relacionarse, a ser educado por sus dos padres, y además el poder manifestar su opinión sobre las medidas que han adoptado éstos o el tribunal, intentando prevalecer siempre ante todo el interés del menor.

En este trabajo estudiaré cómo afectarán a los progenitores las medidas judiciales adoptadas por el órgano jurisdiccional ante una situación de separación o divorcio, especialmente sobre la relación que éstos tendrán con sus hijos a partir de entonces, pues deberá establecerse un régimen de visitas, decidir sobre la guardia y custodia, la patria potestad y la prestación de alimentos, así como la atribución de la vivienda familiar. Se comprobará como siendo la regla general que la vivienda será de aquel que con los hijos convive, este criterio, no obstante, podría ser alterado en ciertas ocasiones, que estudiaremos con más detalle posteriormente, basándose en las particularidades de cada individuo o situación, siendo, precisamente, el interés superior del menor, el criterio guía de las decisiones judiciales en la materia.

Una vez determinado el tema sobre el que tratará esta investigación, hablaré de cuál fue el motivo para escoger el Derecho Civil, en concreto, el Derecho de Familia, como objeto de este trabajo. Entendiendo el Derecho Civil de Familia como el conjunto de reglas de mediación y organización familiar de carácter estructural que estudia la regulación del matrimonio, las relaciones existentes entre padres e hijos, así como las instituciones tutelares, podemos señalar que, el Derecho familia trata de regular lo que la razón y el dialogo no logran encauzar. No obstante, las normas jamás sustituirán lo que la buena voluntad y colaboración consiguen por parte de los cónyuges, y esto es una realidad, pues por mucho que el juez establezca unas medidas judiciales para que las partes lleguen a un acuerdo que beneficie a ambas, tras una crisis matrimonial, son las partes las que deben cumplirlo, para poder conseguir la armonía donde antes no la había, y esto es algo que siempre nos ha llamado la atención, es decir, como a través de la mediación, de la normativa, de la buena disposición por partes así como de sus letrados, o del propio juez, se intenta entre todos conseguir una acuerdo o una sentencia judicial que pueda poco a poco recomponer una familia que hasta entonces estaba totalmente destruida, o por lo menos evitar que ambas partes, sufran con esta separación más de lo que ya han pasado, intentando siempre que a través de la comunicación, y a última instancia por orden del juez buscar una solución justa o por menos intentar que lo sea prevaleciendo el interés del menor.

En cuanto a la materia escogida, hemos de señalar que mi interés recae en cómo afectan las decisiones tomadas a través de las decisiones judiciales a la vida de esas familias, pues, de forma imperativa, y para cada caso concreto, se establece cómo deberán vivir a partir de ahora tras la crisis matrimonial, pues cada familia es un mundo, y no podemos tomar una decisión generalizada.

A lo largo de este trabajo, veremos en el Capítulo I cómo se trata y dónde se regula el interés del menor tanto en el derecho comparado como en el derecho interno. También haremos un análisis comparativo sobre la evolución del interés del menor hasta la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero de Protección del menor, y, recientemente, con la promulgación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

A continuación, estudiaremos en el Capítulo II cómo se pondera el interés del menor a la hora de adoptar decisiones judiciales sobre distintas materias: atribución de la vivienda familiar, el régimen de visitas, atribución de la guardia y custodia compartida y filiación.

B) LA CAPACIDAD JURÍDICA DEL MENOR

A modo introductorio debemos comenzar explicando la capacidad jurídica del menor. Este concepto nos sitúa la realidad jurídica del menor y nos hacen comprender mejor el interés de los menores.

El código civil, en sus art. 29 y 30 hace alusión a la capacidad jurídica. El art. 29 señala que *“el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazcan en las condiciones que expresa el artículo siguiente”*.

Por tanto, el ser humano desde que nace tiene capacidad jurídica, por consiguiente, los menores de edad, en su condición de persona, ostentan personalidad y capacidad para la adquisición y goce de derechos. En relación al art.30 CC, éste fue

modificado en el año 2011, donde se señala que «*la personalidad se adquiere desde el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*». Así queda por fin el texto reformado, que viene a sustituir a otro que sólo, reconocía la personalidad a partir de las 24 horas del nacimiento.

Atendiendo a la capacidad de obrar del menor, podemos ver que éste fue considerado como un ser sin capacidad de obrar, o como un sujeto protegido en base al antiguo 32.2 CC donde se establecía que la minoría de edad, era una causa de restricción de la personalidad jurídica. Por tanto, hasta que el sujeto no alcanza la mayoría edad- 18 años tal y como lo establece el art. 12 de la CE-, está sometido en lo personal y patrimonial a la voluntad de sus progenitores o de sus tutores legales.

Se parte de la premisa que la falta de capacidad de obrar del menor se fundamenta en dos causas, por un lado, la falta de autonomía del menor y por otro, el sometimiento a una institución de guardia. La falta de autonomía abarca dos etapas, por un lado, en los primeros años, cuando no tiene capacidad natural para conocer ni querer, por lo que cualquier acto jurídico carece de validez y, en una segunda etapa, cuando teniendo capacidad para conocer y comprender el acto jurídico, no tiene experiencia ni formación suficiente para comprender los posibles perjuicios que tal acto puede originar.

La capacidad de obrar de menor debe determinarse en función del caso concreto, aunque se puede establecer la existencia de una capacidad natural a parte de una determinada edad del menor, nunca inferior a 12 años, aunque para determinados actos de escasa relevancia jurídica se podría considerar reducir dicha edad.

Esta falta de autonomía del menor conlleva el sometimiento a la institución de la representación legal, dando lugar a que el menor no puede realizar actos jurídicos, ni contratar válidamente, al no poder actuar por sí mismo, y ni puede impedir que actúen por él. El único límite o excepción en la representación legal lo señala el art.162 CC, entendiéndose que no actuará el representante legal en aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad, se sustenta en el carácter personalísimo de estos, que deben ser realizados por el titular, aunque éste sea menor de edad. Sin embargo los

responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia, debemos tener en cuenta que éste último inciso vino tras la nueva reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia que trajo consigo la reforma del Código Civil, lo que supone que aunque los representantes legales no pueden extender su poder de representación en los actos relativos a derechos de la personalidad, éstos podrán velar ellos, es decir, procurando que el menor de edad en todo momento no se encuentre en una situación de desamparo, sin el apoyo o la protección y los cuidados que éste necesita.

En cuanto a los factores que determinan la capacidad de obrar son la edad y la madurez. En cuanto a la edad podemos ver que el ordenamiento jurídico español atribuye una capacidad plena al que tenga la mayoría de edad tal y como establece el art.315.1º CC y el art. 12 CE, por lo que el menor de edad no tiene una capacidad jurídica plena.

Sin embargo, existen casos en los que el ejercicio de determinados derechos o facultades se atribuye no en función de la edad sino en función de la madurez. La madurez, podemos ver que es un factor incierto pues surge la dificultad de determinar cuándo se goza de una madurez suficiente para que se le permita realizar determinados actos. Con carácter general el ordenamiento se fija, en dos elementos, por un lado, la edad y por otro la capacidad de comprensión de los hechos y de sus consecuencias.

El CC no se establece un precepto específico que define cuándo debe considerarse que el menor es maduro, lo que sí establece es supuesto dónde el menor puede realizar ciertos actos en función de una edad determinada, nombrados con anterioridad. Esto llevó a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias en cada caso, partiendo de que la capacidad general de menores no emancipados es variable o flexible, en función de su edad, su desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto que se quiera realizar.

Para el ejercicio de todos los derechos de la personalidad, deberá requerirse un grado distinto en función de la importancia y el grado de afectación es difícil en el ejercicio de estos derechos se hace difícil separar el aspecto patrimonial al personal., algunos derechos el ejercicio se dividirá, por un lado, en el consentimiento del menor, lo que estará relacionado con su madurez y por otro, en la regulación del contrato debe ser válido, lo que requerirá la asistencia de sus representantes legales salvo en los casos exceptuados con anterioridad donde éste deberá actuar por sí mismo. Corresponde, por tanto, ejercer los derechos de la personalidad a sus titulares, sin embargo, esto no es incompatible con el hecho de que sus representantes legales controlen de forma efectiva la existencia de esa madurez suficiente, o que el acto es perjudicial al interés del menor.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, apoyándose en el art.162.2. 1º CC admite que el menor tenga capacidad para realizar por sí mismos actos para los que tengan madurez suficiente atendida su escasa entidad patrimonial, su sencillez o cotidianidad. Es lo que se conoce la jurisprudencia como capacidad para los actos mínimos, la cual entraña una primera manifestación de la semicapacidad de obrar en el ámbito patrimonial del menor, y la prueba de carácter variable y graduable de su capacidad de obrar.

Pues con la antigua regulación cualquier contrato llevado a cabo por el menor era nulo de pleno derecho, pues se le prohibía prestar consentimiento para todo tipo de contratos y esto es algo obsoleto teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que van a ser aplicadas. También se legitima al menor a aceptar donaciones no condicionales onerosas en virtud del art.626 CC ya que este precepto atribuye tal capacidad a las personas que pueden contratar y como ya se ha expuesto, éste puede contratar, pero teniendo en cuenta siempre el interés del menor.

Atendiendo a la edad, podemos ver que el art.164.2º CC atribuye al menor con más de 16 años la facultad de llevar a cabo por sí mismo los actos de administración ordinaria de los bienes que haya adquirido con el rendimiento de su propio trabajo o industria. Asimismo, el art.166 CC permite a éste dispensar en documento público la autorización judicial a la que la ley supedita la válida realización por los padres de los actos de la administración y disposición de sus bienes.

Igualmente encontramos como para los cuales está autorizado es actuar en espectáculos públicos, siempre y cuando exista previa autorización de la autoridad laboral y teniendo en cuenta que no entrañe peligro para su salud ni para su formación profesional y humana, requiriendo además el consentimiento del menor, si tuviera suficiente juicio. Asimismo, se rebaja hasta los 14 años la habilitación de un menor para testar. También el art.443 CC consagra la posibilidad de que cualquier menor de edad adquiera la posesión de las cosas y de que su patrimonio se beneficie de los derechos que directa o indirectamente derivan de la misma.

A partir de los 12 años, el consentimiento del adoptado, es un presupuesto procesal indispensable para la válida constitución de la adopción (art.177.1º CC), así como la formalización de su acogimiento (art.173.2º CC). De igual forma, a partir de esta edad también el menor podrá solicitar la nacionalidad como la vecindad civil siempre y cuando sea capaz de prestar una declaración por sí mismo.

El art.156 CC, conforme al cual el Juez deberá oír al hijo si tuviese suficiente juicio y en todo caso si fuese mayor de 12 años, para resolverlos desacuerdos existentes entre los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad. a También debemos destacar el art.159 en relación a aquellos supuestos en que los padres vivan separados, y a falta de común acuerdo, el juez debe decidir a cuál de ellos atribuir la custodia de los hijos menores de edad; así como el art.92 con carácter previo a la adopción de medida judiciales relativas a los hijos que proceda acordar en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio. A su vez, en sede de tutela, el art. 231 CC exige que el juez oiga al menor si tuviere suficiente juicio y siempre que sea mayor de doce años en el procedimiento de constitución de aquella. Finalmente, el art.273 dispone que todos aquellos supuestos en que la actuación del tutor precise de autorización judicial, el juez deberá oír antes de adoptar su decisión el Ministerio Fiscal y al propio tutelado, siempre sea mayor de 12 años o cuando si tener edad lo estimen oportuno.

Lo determinante para que el menor deba ser oído es que tenga capacidad natural suficiente. Aunque el legislador prejuzgue que esa capacidad se adquiere a los 12 años, y cuando está por debajo de ella confía en su criterio en función del caso concreto.

En relación con los actos relativos a derechos de la personalidad del menor. Podemos ver que se pueden clasificar en dos grupos, los bienes y derechos de la personalidad pertenecientes a la esfera física o corporal de la persona (el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho sobre las partes separadas de su cuerpo y de los relativos a la esfera de la moral o espiritual.

El art.162 CC se refiere a aquella en la que el menor tiene suficiente capacidad volitiva e intelectual para llevar a cabo por sí mismo el ejercicio de sus derechos a la personalidad, aunque carezca de capacidad de obrar plena y de otro, aquella en la que el menor carece de capacidad para gobernarse por sí mismo, nosotros nos centraremos a hablar sobre el primero. Se habilita al menor para llevar a cabo por sí mismo tantos los actos como los negocio jurídicos, sin embargo la doctrina no es unánime sobre esto, pues diferencia aquellos actos relativos a la personalidad que el menor puede realizar por sí solo al tener expresamente dicha autorización reconocida en la ley otros en los que no podrán ser llevados a cabo a pesar de tener suficiente capacidad para ello, a pesar de tener suficiente discernimiento, sino por sus representantes legales; no obstante es requisito indispensable de que éstos deberán contar con el consentimiento del menor si tuviese suficiente juicio, para entender que esos contratos son válidos.

Recientemente, la ley 26/2015, ha modificado el art. 1263 CC para recoger un principio apuntado por alguna jurisprudencia, esto es, que los menores no emancipados, a pesar de no tener capacidad con carácter general para prestar consentimiento contractual, pueden consentir en aquellos casos en los que las leyes les reconocen capacidad contractual por sí mismos o con asistencia de sus representantes, así como para los actos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

CAPITULO I: EVOLUCION HISTORICA DEL INTERÉS DE MENOR

I. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL: ÁMBITO UNIVERSAL Y REGIONAL

El principio del interés superior del niño aparece por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 el cual estableció que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad¹. Esta Declaración impulsó una extensa normativa cuyo fin era regular la protección de la infancia desde distintos ámbitos. También en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, se definen unos derechos sustantivos de los niños, correlativos al deber de los Estados de adoptar medidas para darles cumplimiento efectivo. Supone un reconocimiento de la dignidad del niño como ser humano en mutación que por fragilidad y vulnerabilidad exige una protección especial, de ahí que las disposiciones de la Convención estén destinadas, en general, a establecer unas normas universales de defensa y protección de la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos. Para conseguir este propósito la CDN se apoya sobre unos principios normativos básicos que son los principio de no discriminación, en virtud del cual todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin distinción alguna, y corresponde al Estado adoptar las medidas necesarias para proteger al niño de cualquier forma de discriminación; principio de subsidiariedad el cual en virtud de este principio obliga a otros Estados a asumir esas funciones protectoras o asistenciales cuando decaigan en el ejercicio de las mismas las personas primariamente responsables; y el principio del interés del menor.

En el ámbito regional europeo, la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño 1996, menciona el principio del interés superior del niño al definir el campo de aplicación y el objeto de la misma, e igualmente al referirse a las funciones del representante legal del niño que puede designar la autoridad judicial. También hemos de destacar en el ámbito europeo, la Carta Europea de los derechos del niño de 1992 que hace hincapié en este principio al establecer que toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardía de sus intereses.

¹ Toldrá Roca, M^a Dolores “*Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*”, Valencia, 2007, ed. Tirant lo Blanch, pág. 18-20.

II. MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO INTERNO.

En la Constitución de 1978 parte de una concepción integral de la protección de la infancia que viene expresada en el art.39 CE contemplada desde la perspectiva el Derecho Internacional los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, y en términos generales, en el art.10.2 en virtud del cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

En coherencia con las anteriores disposiciones constitucionales el referente normativo que informa la acción legislativa y las policías a adoptar en materia de infancia lo constituye la CDN 1989 y por ende el principio del interés superior del niño. En el ordenamiento jurídico español este principio está presente en el Derecho de Familia tal y como se desprende del Código Civil acordes con lo estipulado en disposiciones constitucionales mencionadas y, por supuesto, en la LO /1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual señala como un principio general que informa al conjunto de la ley que establece que en aplicación de la presente Ley primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo. Asimismo, las medidas que se adopten deberán tener un carácter educativo. De igual forma hace referencia a los instrumentos internacionales al establecer que los menores gozaran de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna.

No obstante, el Comité de los Derechos del Niño alertó a España de que no integraba de forma adecuada, ni en la legislación ni en las decisiones judiciales y administrativas ni tampoco en los programas relativos a la infancia, el respeto a los principios generales de la Convención como son el principio del interés superior del

niño y el principio de no discriminación. En orden a conseguir una mayor protección y promoción de la infancia el Comité recomendaba especialmente, la formación de una política global para la infancia basada en los principios y disposiciones de la Convención. Estas recomendaciones, así como el compromiso suscrito por España, respecto a la Declaración del Plan de Acción a escala mundial contenidos en el documento “Un mundo apropiado para los niños”, adoptados en la sesión especial de la Asamblea General de Naciones Unidas a favor de la infancia (8-10 de mayo 2002), han servido de fundamento para la aprobación de un Plan estratégico de infancia y adolescencia (2006-2009), que ha culminado con la promulgación de la reciente ley, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

III. COMENTARIO COMPARATIVO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR HASTA PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGANICA 1/1996, DEL 15 ENERO DE PROTECCIÓN DEL MENOR.

Como ha resaltado la doctrina², en épocas anteriores los menores merecían el tratamiento de seres imperfectos, que aún no cuentan con las facultades intelectuales de un adulto y eran comparables con “pequeños animales” que debían ser formados, moldeándolos al modelo predeterminado de un adulto. Los menores participaban a edades muy tempranas en el mercado laboral y la herramienta pedagógica, en las familias y en las escuelas, eran los castigos corporales, se corregía así la actitud errada de los menores a través de refuerzos negativos, que doblegarían su voluntad hasta el punto de convertirlos en la persona que ellos deseaban que fuera.

A nivel jurídico, los menores eran considerados como sujetos débiles de la sociedad, es decir, como si de personas incapaces se tratara, predominan los bajos niveles de protección y los más altos de abandono, de violencia y de todo tipo de abuso que debieron sufrir los niños y las niñas.

² Vestri, Gabriele “inmigración y extranjería, amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados”, Valencia, 2014, ed. Tirant lo Blanch, pág. 109-114.

No es sino a partir de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando las ciencias humanas como la psicología, la pedagogía y la sociología comenzaron a estudiar el tema de la infancia y como la sociedad como la justicia habían ignorado hasta ahora sus necesidades, pues en esa época no se les reconoció su titularidad a sus derechos, titularidad que hubiera comportado la individualización de herramientas operativas, legislativas, administrativas y judiciales necesarias para la promoción de los mismos, un ejemplo de ello era el Código Civil tutelaba los derechos patrimoniales del menor pero sin tener en consideración los derechos a la personalidad, esto se traducía en deberes que debía tener los padres respecto a estos.

El menor no es ya sólo un sujeto que se debe proteger sino también un sujeto auto suficiente, que tiene su propia personalidad, en parte en formación, pero en parte ya formada ha sido un proceso lento en la historia, una primera aproximación fue la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 donde en su artículo 12 establecía que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniendo en cuenta su opinión en función de su madurez y de su edad; con tal fin, se prevé que se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte a éste, ya sea directamente o a través de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Otro ejemplo de la Convención donde se podría entrever como sujeto autónomo, era el art.13 que reconocía al niño el derecho a la libertad de expresión. También debemos resaltar la Carta de los Derechos Fundamentales firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo y Comisión en el Consejo de Niza del 7 de diciembre de 2000 donde recoge en su art.24 sobre los derechos del niño.

Se llega a la conclusión de que el interés del menor debe ir ligado a la protección de sus derechos fundamentales, por ello que la Convención de las Naciones Unidas de 1989 se reconozcan a los niños y adolescentes una serie de derechos con el objetivo de reforzar el carácter del sujeto de derechos de este colectivo, entre estos, se encuentra la

educación como valor fundamental que debe tener como finalidad promover el desarrollo de la personalidad del niño, enseñarle el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y el respeto de los valores nacionales del país de donde vive como de las culturas diferentes. Asimismo, debe preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, entonces participar en ella con un espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad entre sexos y amistad entre sexos y amistad entre grupos étnicos. Por tanto, el menor deja de ser una herramienta para el desarrollo de la familia para ser un verdadero sujeto de derecho autónomo.

En cuanto a la Constitución Española³, podemos ver que existe una amplia normativa que toma en consideración al menor de edad, aunque debemos resaltar que no lo menciona apenas de forma expresa en su articulado, pues hace referencia a él de forma implícita, pues se alude al menor a través de su relación con el adulto, el cual es el protagonista de las normas constitucionales, aunque el art.39 CE podemos ver que hace referencia al tema de la protección constitucional de la infancia, ya que dicho artículo vela por el cuidado de los menores de edad, así como por la tutela concreta de la familia.

En lo referente al Código Civil, podemos ver que abarca este tema desde dos perspectivas, por un lado, haciendo referencia a la participación del menor en aquellos acontecimientos que le afectan directamente y por otro en los que la participación de los mismos alcanza diferentes grados. En lo referente a la capacidad del menor hace referencia al hecho de ser escuchado si tuviese suficiente juicio, en este caso podemos ver que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas 1989 como la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor garantiza el derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial que este directamente implicado que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Como ejemplo del Código Civil en los que encontramos con el derecho del menor a ser escuchado en los casos de separación,

³ Vestri, Gabriele “*inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*”, Valencia, 2014, ed. Tirant lo Blanch, pág. 120-122 y pág.135-135 en lo referente a la CE, y pág. 148-150.

nulidad y divorcio de sus padres cuando el juez deba tomar medidas relativas a su custodia o educación (art.92.2 CC). En el segundo grupo de actos está directamente relacionado con su capacidad de actuación. Al menor se le permite una intervención directa para la protección de su persona, como por ejemplo los contemplados en los arts. 158 y 167 CC, respecto a la actuación de los padres titulares de la patria potestad: también para solicitud de remoción de tutor (art.248 CC). Asimismo, aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad excluidos de representación legal (art.162.1.1 CC), para los que se sigue el criterio de la edad y madurez, respecto de los cuales solo se limita su ejercicio en función del principio del interés superior del menor. Ejemplos de ellos los encontramos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴ que garantiza el derecho a la información, la libertad de ideología, conciencia y religión, así como el derecho a la libertad de expresión, entre otros.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor recoge los principios de la Convención de los Derechos del Niño 1989 así como profundiza en el interés superior de éste, así como su protección, pues la ley se divide en dos partes una primera que relata los derechos básicos del menor y en la segunda se establece la adecuada adaptación de los textos legales establecidos a la que es la nueva realidad jurídica-social, nos a las instituciones protectores de menores. En cuanto a los derechos podemos ver que recoge los derechos manifestados en la Convención a lo que entiende que todo menor debería poseer como son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, e derecho a la información, a la libertad ideológica, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído, el art. 9, donde habla de este derecho desde dos vertientes; por un lado implica que un tercero, en este caso puede ser el juez o los progenitores, tienen derecho a escuchar la opinión del menor, para tomar una decisión; así como el menor solicitar a éstos dar su opinión y que sea tenida en cuenta pues de no hacerlo se estaría vulnerando el derecho a tutela judicial efectiva regulada en el art. 24 CE salvo que entiendan que hacerlo supondría un perjuicio para éste o entiendan que no tiene suficiente juicio en ese caso no se entendería vulnerado porque debe primarse el principio del interés superior del menor.

⁴ Vestri, Gabriele “*inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*”, Valencia, 2014, ed. Tirant lo Blanch, pág. 150-159.

CAPITULO II: EL ESTUDIO DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA.

Aquí estudiaremos cómo se pondera el interés del menor a la hora de adoptar decisiones judiciales sobre distintas materias: atribución de la vivienda familiar, el régimen de visitas, atribución de la guardia y custodia compartida y filiación. A lo largo de este capítulo veremos cómo la ley otorga carácter preferente en el supuesto en que se contrapongan el interés o los derechos padres, prevalece el interés del menor sobre éstos, y veremos que, aunque esta regla es la general, no exclusiva pues depende del caso concreto.

I. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

Tras la ruptura matrimonial unas de las cuestiones básica a resolver es la atribución de la vivienda familiar. En los procedimientos de mutuo acuerdo, existe en el Ordenamiento Jurídico español una amplia libertad de decisión, siendo el juez el que debe aprobarlas para llevarlas a término. Estas decisiones tomadas por los cónyuges solo se verán coartadas si existen hijos menores y sus acuerdos en dicha materia son contrarios a su interés o perjudiciales para alguno de ellos.

En los procedimientos contenciosos, será el juez quien deberá atribuir el uso de la vivienda familiar atendiendo primero a los hijos menores si los hay, tal y como se establece en el art. 96 CC, o atendiendo al interés del más necesitado si no hay hijos menores ni discapacitados, ya que, si los hijos son mayores de edad, la atribución se hará al cónyuge más necesitado y en condiciones de igualdad se ha optado por atribuir la vivienda de forma alternativa a uno u otro.

A continuación, examinaremos las diferentes circunstancias que podrían darse en el momento de decidir a quién atribuimos el uso y disfrute de la vivienda familiar, pudiendo el juez seguir la regla general, donde prevalece el interés del menor frente al de los progenitores, o, en su caso, el interés del más necesitado cuando no hubiera en el

seno familiar ni hijos menores ni discapacitados; o decidir en función de las circunstancias y el caso concreto.

A) ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CÓNYUGE CUSTODIO CUANDO EXISTAN HIJOS MENORES DE EDAD.

El art. 96 CC permite al juez disociar la titularidad y el uso de tales bienes, atribuyendo el derecho de uso a los hijos y / o cónyuge que, pese a no ser propietarios de ellos, se encuentran en condiciones que así lo aconsejen. De esta manera, se aprecia que el Código Civil no tiene en cuenta quien es el titular del inmueble o del derecho que faculta para usar dicho inmueble, sino que atiende a cuál sea el interés más necesitado de protección.

De ello, podemos abstraer el principio general en esta materia, el cual establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esto significa que, con independencia del título de propiedad sobre la vivienda, se ha de atender imperativamente al beneficio de los hijos y, de forma refleja, al cónyuge que seguirá conviviendo con ellos. Ya que la protección del menor debe presidir en todas las decisiones judiciales, este interés del menor se entiende protegido tras garantizarle al menor una estabilidad tras la ruptura a través del mantenimiento de su entorno, sus referentes y su espacio de sociabilización.

Veamos ahora algunos supuestos, que creo son suficientemente expresivos, en los que se aplica este principio general:

(1) En la STS 28 de noviembre de 2014 (Roj: 4836/2014) se interpone una demanda contra la ex cónyuge, madre de la menor, solicitando entre otras que se le atribuya la guardia y custodia compartida de la menor, así como la atribución de la vivienda familiar al demandante, padre de la menor. La demandada contesta solicitando la guardia y custodia de la menor, así como la atribución de la vivienda familiar. El Juzgado de Primera Instancia establece que la patria potestad debe ser ejercida por ambos cónyuges, y atribuye la guardia y custodia, así como la atribución de la vivienda

Univ. de La Laguna, s/n. C. 38071. La Laguna. Tenerife. E-mail : facder@ull.edu.es Tlf. 922317291. Fax. 922317427 - www.ull.es

familiar a la madre de la menor. Ante esta sentencia, el demandante interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial la cual fue estimada atribuyéndole tanto la guardia y custodia como la atribución de la vivienda familiar al recurrente, aunque se limita el uso de la vivienda familiar, atribuida a la esposa, como custodia de una hija común del matrimonio "hasta que se proceda a la liquidación o extinción del condominio" sobre el inmueble.

El Tribunal Supremo entiende esta limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores establecida por la Audiencia Provincial es contraria a derecho, pues esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, considerando que el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Por lo tanto, se le atribuye el uso del domicilio familiar a la hija menor de edad y a la esposa, sin limitación temporal.

(2) De igual modo, encontramos otra sentencia similar, la STS 2 junio de 2014 (Roj: 2133/2014). El Juzgado de Primera Instancia establece en la Sentencia que la patria potestad debe ser ejercida por ambos cónyuges, y atribuye la guardia y custodia, así como la atribución de la vivienda familiar a la madre de los menores. Se atribuye a la actora el derecho de uso exclusivo del domicilio conyugal. La sentencia es recurrida en apelación y confirmada por la Audiencia Provincial, interponiéndose el correspondiente recurso de casación.

El Tribunal Supremo entiende al igual que en la sentencia anterior que esta limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores establecida por la Audiencia Provincial es contraria a derecho, como esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan

siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Por lo tanto, se le atribuye el uso del domicilio familiar a los dos hijos menores y a la esposa, sin limitación temporal.

B) ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. CRITERIO JURISPRUDENCIAL ADOPTADO HIJOS MAYORES DE EDAD VS CÓNYUGE NO CUSTODIO.

La regla general para atribución de la vivienda familiar parte de la idea de anteponer el interés del menor frente al de los progenitores y, en base a ello, el Tribunal Supremo entiende que no se permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, considerando que el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja.

Sin embargo, aunque esta es la regla general, hay que hacer algunas precisiones. La primera en la que debemos puntualizar que va ser distinta la situación de los matrimonios que se rompen sin hijos menores de edad a su cargo, y los que se rompen teniendo hijos menores. Ya que en este último caso se presume que el interés más digno de protección va a ser el de los hijos menores y, por ende, el del progenitor que tenga atribuida su guardia y custodia.

Además, debemos señalar, que esta presunción es *iuris tantum*, de modo que si se demuestra que quien realmente se encuentra desamparado es el cónyuge no custodio, no precisando el progenitor custodio de la atribución de la vivienda familiar para atender a su necesidad de vivienda y a la de sus hijos, se le podrá atribuir a aquél en el caso concreto la vivienda familiar.

Examinemos algunos supuestos en los que se aplica la regla general vista anteriormente:

(1) Por ejemplo, la STS de 5 de septiembre de 2011 (Roj: 6237/2011) establece como nueva doctrina jurisprudencial que la atribución de la vivienda familiar en el

supuesto de existir hijos mayores de edad debe hacerse a favor del cónyuge cuyo interés sea "el más necesitado de protección". En esta sentencia, el Tribunal concede la atribución de la vivienda a una mujer divorciada, pese a que los hijos expresaron su preferencia por vivir con el padre, al considerar que la mujer, que no trabajó y se dedicó a las tareas domésticas durante los 23 años que duró el matrimonio, tenía un "interés más necesitado de protección" que su cónyuge.

Hemos de enfatizar que la regla general antes de la reforma era atribuir la vivienda familiar atendiendo al interés más necesario de protección que eran los hijos, ya sean mayores o menores de edad, éste fue el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Cantabria, pues los hijos mayores de edad habían manifestado su voluntad de residir con el padre. Sin embargo, el Supremo entiende que no se atribuir la vivienda familiar, igualándolo del mismo modo los hijos menores que a los mayores de edad. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores de edad es incondicional y deriva directamente del artículo 39 de la Constitución, no ocurre igual en el caso de los mayores. Según la sentencia, la decisión del hijo mayor de edad sobre con cuál de los padres quiere vivir no puede considerarse como si el hijo mayor ostentase algún derecho sobre el uso de la vivienda familiar. La sentencia del Supremo entiende que el cónyuge más necesitado en este caso es el de la esposa, de 46 años, que durante el matrimonio se dedicó exclusivamente al cuidado de la familia, y cuya carencia de titulación y experiencia profesional limitan sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo. En consecuencia, la sentencia adjudica la vivienda a la esposa hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico matrimonial.

(2) Otro caso similar, es la STS 29 de mayo de 2015 (Roj: 2220/2015) en la cual, uno de los cónyuges interpone una demanda contra la esposa o demandada para que se dictara sentencia por la que se acuerde la extinción del uso y disfrute de la vivienda fijado a favor de la esposa e hijos, poniéndose ésta a disposición de éste de manera inmediata, el cual convendrá en base a la propiedad que ostenta, el uso que a su derecho conviniera, a cuyo fin deberá dejarse en perfectas condiciones previa retirada de los muebles y enseres de carácter personal. El Tribunal Supremo entiende que los hijos a los cuales se les atribuye el uso han alcanzado la mayoría de edad, esta situación deja en una posición de igualdad tanto al marido y a la mujer ante este derecho

enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado.

Esta situación provoca que el Tribunal suma el criterio jurisprudencial seguido en el supuesto de existir hijos mayores de edad, siguiendo lo establecido en el del párrafo 3º del artículo 96 CC, permite adjudicar la vivienda familiar por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

En este caso, la Audiencia Provincial atribuyó, el uso de la vivienda sin limitación temporal alguna, vulnerando lo establecido en el art. 96.3 CC que establece una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, esto ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias, en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de "solidaridad conyugal" y consiguiente sacrificio del "puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro", puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por criterio judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes; uso que ya se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años, estableciéndose por tanto por el Tribunal Supremo la medida de uso y disfrute de la vivienda se extingue y pone a disposición del recurrente.

c) ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO LOS CÓNYUGES.

En los supuestos en los que la guardia y custodia de los hijos menores sea compartida para ambos progenitores habrá de atender a otros factores para resolver a cuál de los ex cónyuges se le atribuye la vivienda familiar. Para ello, hay quienes

proponen atribuir la titularidad real de la vivienda, mientras que otros parece que se inclinan por atender a las circunstancias económicas de cada uno de los cónyuges. Parece que este último criterio es el que sigue la jurisprudencia.

Así en la STS de 24 de octubre del 2014 (Roj: 4249/2014) en el cual la demandante interpone contra el demandando, una demanda de divorcio y en cual entre las peticiones que se le solicitan al juez, destacamos la atribución de la vivienda familiar a la demandante y a su hijo, así como del mobiliario del mismo, así como que se otorgue a la demandante, madre del niño la guarda y custodia del hijo común del matrimonio que seguirá viviendo con la misma manteniéndose la patria potestad conjunta de ambos progenitores que se comprometerán adoptar de común acuerdo cuantas decisiones importantes pueda afectarle.

Como observamos en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda; atribución que tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario. Y por ello, el Tribunal Supremo establece que la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente".

Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: a) El interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; b) en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

El Tribunal entiende que debe imponerse una limitación del derecho de uso de dos años contados desde su sentencia, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda. Se trata, dice el Tribunal, de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que, si bien carece de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir la situación económica mediante al acceso a un trabajo que incremente sus ingresos y le permita acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de guarda efectiva.

D) ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO LOS HIJOS QUEDAN EN COMPAÑÍA DE UNO DE LOS CÓNYUGES Y LOS RESTANTES EN OTRO.

Por otro lado, otra situación que podemos encontrar es que los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, se recurre de nuevo al arbitrio judicial, donde resolverá lo que estime procedente, precisamente, atendiendo al criterio rector de mejor protección del interés del menor.

Un ejemplo de esto, lo vemos en la STS de 25 septiembre de 2015 (Roj:3890/2015). En esta sentencia, la parte demandante, esposa del demandado formuló demanda de separación contra el cónyuge. En dicha demanda se solicitaba al Juzgado que dictase sentencia por la que se declare el divorcio del matrimonio. Podemos ver que el demandando formula reconvencción y solicita que se le atribuya la guarda y custodia de los hijos del matrimonio que son menores de edad. La demandante contestó a la demanda reconvenccional y suplicó al Juzgado dictase sentencia por la que mostrada conformidad a la petición de divorcio y solicitando que se rechace el resto de medida instaladas de contrario admitiendo las solicitadas por esta parte en la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia procede acordar el divorcio del matrimonio formado por ambos contrayentes y acuerda las siguientes medidas entre las que

destacaremos, el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, procede atribuir al padre la guarda y custodia de los dos hijos mayores y a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores y se atribuye a la esposa el uso y disfrute del domicilio, familiar. El esposo deberá abandonar la vivienda en el plazo máximo de cinco días contado a partir de la resolución. Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación por el demandando a Audiencia Provincial Civil de Gijón cuyo fallo se acuerda acogerse en parte al recurso de apelación presentado por el demandando contra la sentencia de Primera Instancia, y, en su virtud, revocar la apelada en el único sentido de establecer la pensión compensatoria por un periodo de 3 años a contar desde la resolución.

La parte actora interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo por la decisión del Juez de la Audiencia Provincial de separar a los hermanos. Observamos que el Tribunal confirma la decisión tomada por el Juez de la Audiencia Provincial ya que la decisión no se toma arbitrariamente sino motivada en los siguientes motivos:

(i) Respecto de los hijos que ostentan la mayoría de edad. Hemos de señalar, que, en este caso, ambos progenitores solicitan que la guarda y custodia corresponda al padre y tal decisión se respeta por entender que, dada su edad, catorce y dieciséis años, la voluntad de los mismos, manifestada a presencia judicial, el hecho de que ya se encuentre en Gijón, unido a los conflictos de comportamiento y convivenciales del otro hermano en el domicilio materno, permiten concluir que esta decisión no perjudica su interés.

(ii) Respecto de los menores, a pesar del informe del equipo psicosocial que aconseja que convivan con su padre, se decide la guarda y custodia por parte de su madre por residir ambos en Madrid en compañía de ésta desde hace más de un año, encontrándose escolarizados e integrados en el centro escolar, al que asisten con plena regularidad y normalidad. Además, su exploración reservada, en presencia del Ministerio Fiscal y del equipo psicosocial, no ha revelado en absoluto que los niños tengan ningún tipo de rechazo hacia la figura materna ni que se encuentren desatendidos por su madre. Ha sido esta quien durante la vigencia del matrimonio se ha ocupado de la familia y de la crianza directa de los cinco hijos, aunque se auxiliase de una empleada

del hogar, por no tener trabajo fuera de éste, mientras que el marido dedicaba la mayor parte del tiempo al trabajo y al negocio que regenta. Según el equipo psicosocial ambos progenitores están capacitados para proporcionar a sus hijos las debidas atenciones, por lo que no existe ningún condicionante objetivo para entender que la madre no pueda atender adecuadamente a la guarda y custodia de los menores.

(iii) No existe inconveniente alguno para separar a los hermanos debido a la diferencia de edad entre unos y otros, lo que supone que van a realizar actividades escolares, extraescolares y de ocio diferenciadas. Además, es habitual que, por razones personales, familiares, educativas etc., los hermanos puedan vivir separados, sin que ello suponga que no puedan mantener una relación plena, garantizada mediante el establecimiento de un régimen de visitas conjunto.

En el recurso de casación la parte demanda denuncia la infracción de los artículos 90, 92 y 103 del código civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de fecha del 20 noviembre 2011, artículo 39 de la Constitución Española, y artículos 2 y 9 de la ley orgánica 1/1996.

El recurso se basa en la atribución de la guarda y custodia de los menores al considerar el recurrente que la sentencia no ha tenido en cuenta el interés del menor a la hora de adoptar la medida de la guarda y custodia, obviando el artículo 92 del código civil que establece el principio de que se procure no separar a los hermanos, que si bien no se erige como un imperativo legal si debe regir las medidas que se adopten por los tribunales a la hora de regular la situación de los hermanos.

Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, ha supuesto un beneficio para el menor, ya que puede ser objeto de revisión conceptual que debemos examinar si a la vista de los hechos probados la solución adoptada realmente se funda en ese beneficio del menor, pues en todo caso lo que tiene que recoger la sentencia es lo que resulte más beneficio para el mismo. Se viene sostenido por el Tribunal Supremo que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por qué los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y

especialmente motivada, demostrando ser más beneficioso para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos.

El Tribunal de Instancia ha valorado el interés de los menores que confía a la guarda y custodia de la madre, atendiendo a criterios que la Sala considera útiles para ello, como es la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor -la madre atendía a la familia y el cuidado de los hijos-, su actitud personal- adecuada según el equipo psicosocial, los deseos manifestados por los menores- explorados judicialmente en presencia del Ministerio Fiscal y del equipo psicosocial no muestran rechazo hacia la madre.

La única objeción sería que el Tribunal prescinde de la admonición de procurar no separar a los hermanos. El Tribunal Supremo entendió que tal decisión se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores, pues al convivir el que es mayor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores, nunca sería posible la convivencia plena de todos los hermanos con un solo progenitor. La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable "mal menor", es la que se adopta, acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos.

E) ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA INEXISTENCIA DE HIJOS.

Por último, en el caso de inexistencia de hijos, en el cual podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendiendo las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Este el caso de la STS de 25 de marzo de 2015 (Roj:1093/2015) establece que en ausencia de hijos otorga la vivienda habitual en función del interés más necesitado de protección. No bastará con que el cónyuge que solicite la atribución del uso de la vivienda familiar tenga mejor capacidad económica que el otro, sino que es necesario acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte.

Por ello el Tribunal entiende que el interés más necesitado de protección es el del marido pues de la prueba que obra en autos se deduce que: la esposa se marchó del domicilio familiar para atender a su hermana, de la que es cuidadora a efectos de la ley de dependencia y a su madre, la cual padece en la actualidad Alzheimer; que vive permanentemente en la vivienda de la madre cuidando de ésta y de su hermana; que al ser interrogada en el juicio afirma que ella y otra hermana se encuentran prácticamente las 24 horas al cuidado de ambas (madre y hermana dependiente); que como vive en ese domicilio no tiene gastos. A partir de tales hechos considera el Tribunal que la esposa no tiene necesidad de la vivienda familiar y, por el contrario, el esposo no consta que tenga otro domicilio, siendo además el que figura como titular del arrendamiento concertado, por lo que es procedente atribuirle a él la utilización del referido domicilio.

Otro caso similar es la STS de 17 de junio de 2015 (Roj: 1162/2014). En esta sentencia del Tribunal Supremo viene un recurso de apelación interpuesto por uno de los cónyuges solicitando la modificación de medidas de divorcio definitivas contra la parte demandada alegando que se acuerde modificar el fallo de la sentencia de fecha 9 de mayo del año 2011 en el sentido de que se modifique los efectos establecidos en la sentencia de divorcio dictada el 16 de junio del año 2008 en el procedimiento seguido en éste Juzgado, acordándose que se extinga el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar que se le atribuyo a la demandada en su día, y se atribuya el mismo a mi representado por los motivos alegados en la presente demanda, ser el interés más necesitado de protección y, además por ser un bien privativo de él, por entender que las hijas del matrimonio habían alcanzado la independencia económica y no convivir en la actualidad con su madre en el que fuera domicilio conyugal.

El Tribunal Supremo declara que atendiendo a lo establecido en el art. 96.3 del CC permite, en ausencia de hijos que dependan de los padres, la atribución de la vivienda al cónyuge no titular cuando su interés fuese el más necesitado de protección, sin embargo consta en las actuaciones que ella es funcionaria, él pensionista (con minusvalía) y que la vivienda es privativa del que fue su esposo, por lo que no se puede apreciar que el interés de ella sea el más necesitado de protección y por ello entiende que debe adjudicársele el uso de vivienda familiar al demandado titular del inmueble, por lo tanto, vemos que sigue el mismo fundamento seguido por la Audiencia Provincial de Madrid, tendiendo como consecuencia que el Tribunal Supremo desestime el recurso casación interpuesto por la parte demandada.

Es claro pues, que sólo la existencia del interés del menor, y su mejor protección, puede justificar la subordinación del interés del cónyuge o cónyuges, intereses estos últimos que sólo se ponderan ante la ausencia de hijos menores del matrimonio.

(1) EL RÉGIMEN DE VISITAS COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

A) RÉGIMEN DE VISITAS EN SENTIDO ESTRICTO. RÉGIMEN GENERAL.

En los supuestos en que la custodia sea atribuida en exclusiva a uno de los progenitores, será preciso establecer un régimen de visitas a favor del otro progenitor (art. 94 CC), ya que el art.160 CC establece que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho salvo acuerdo entre las partes que se determinará por acuerdo regulador. El juez podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplirá reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial. El objetivo de esta medida es mantener y desarrollar una adecuada relación de afectividad entre los hijos y el progenitor no custodio.

B) CAUSAS SUSPENSIÓN O DE PRIVACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS AL PROGENITOR NO CUSTODIO.

Solo excepcionalmente y por resolución judicial, se podrá privar de este derecho al progenitor no custodio.

La privación del régimen de visitas sólo debe tener lugar por causas graves tales como violencia sobre la mujer o sobre el menor, incumplimiento reiterado del pago de la pensión de alimentos, incumplimiento del régimen de visitas establecido, riesgo de sustracción, entre otros.

Un ejemplo lo podemos encontrar en la STS 9 de noviembre de 2015 (Roj: 621/2015) donde se solicita por parte de la madre del menor que se prive de la patria potestad, así como del régimen de visitas porque el padre del menor incumplía el deber de satisfacer la pensión de alimentos, así como del régimen de visitas. El Tribunal Supremo califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, así como del régimen de visitas con el menor de edad.

Cabrá suspensión del régimen inicialmente establecido cuando por circunstancias sobrevenidas se considere conveniente para apartar al hijo de un peligro o evitarle perjuicios. En caso de que exista peligro de secuestro del hijo; por incoación de una causa criminal por presunto delito de agresión sexual del padre de sus hijos; por el carácter violento del padre, condenado penalmente por agredir a la madre; por circunstancias que determinen que se considere perjudicial para el desarrollo personal del menor; por desarrollo de una relación conflictivo con el hijo; etcétera.

Un ejemplo es, en el caso de padres maltratadores el Tribunal Supremo restringe aún más el régimen de visitas y establece como doctrina jurisprudencial en la STS 26 de noviembre de 2015 (Roj: 4900/2015), entre otros⁵, en el cual la demandante (madre la menor) solicita al Tribunal Supremo que suprima el régimen de visitas de la menor al demandando (padre de la menor) porque el padre de la menor, está condenado por malos tratos tanto a su cónyuge como a la hija mayor. En cuanto a la hija menor, podemos ver como el demandado rechaza la custodia dado que el mismo confiesa que no es apto para cuidar de la menor por miedo a hacerle daño, por lo que la guardia y custodia se le establece a la madre y la patria potestad a ambos.

En cuanto al régimen de visita, el Tribunal Supremo establece que no se podrá establecer este régimen, sin perjuicio de que cuando cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para menor, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana. Por lo que el Tribunal Supremo fija doctrina establece que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. Así el Art. 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dice que " El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera" y el Art. 66 admite que "El Juez podrá ordenar la suspensión de visita del inculcado por violencia de género a sus descendientes".

Para tomar su decisión, el Supremo tiene en cuenta una reforma legal de ese mismo año bajo la que debe interpretarse el caso y que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno libre de violencia, que en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. El resultado es

⁵ STS de 27 octubre de 2015 (Roj: 4452/2015)

que el padre no podrá contactar con la hija menor mientras esté en prisión. Sólo después de quedar en libertad podrá solicitar de nuevo mantener contactos con ella, aunque de nuevo la justicia deberá responder con el criterio sumamente restrictivo fijado ahora por el Supremo.

Otro supuesto similar de suspensión del régimen de visitas, lo encontramos en la STC, de 22 de diciembre de 2008(Roj: 176/2008) en base a la cual se discute la posible vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual por restringir temporalmente los derechos de visita de un padre transexual, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial.

En un primer momento, Juzgado de Primera Instancia estableció un régimen de visitas al padre del hijo menor de edad conforme al convenio regulador (art. 90 CC) tras declarar el juez el divorcio. Sin embargo, se presentó por parte de la madre del menor una demanda de modificación de medidas definitivas, solicitando la privación de la patria potestad al padre y la inmediata y total suspensión del régimen de visitas y comunicación del padre respecto al hijo común, aduciéndose como fundamento para ello, en primer lugar, cierto desinterés del padre sobre el niño, además de no abonar la pensión alimenticia salvo en contadas ocasiones; y, en segundo lugar, el hecho de que desde hacía unos meses el padre se estaba sometiendo a un tratamiento para cambio de sexo y que se maquillaba y se vestía habitualmente como una mujer.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Juzgado de la Audiencia Provincial decidieron no privar de la patria potestad a su padre porque no encontraron argumentos que fundamentaran ese desinterés por el menor. En cuanto al régimen de visitas fundamentaron su decisión basándose en la inestabilidad emocional del recurrente a la que se refiere el informe pericial psicológico, provocada por el proceso de cambio de sexo, y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor comunicación del padre y el hijo (entonces de 6 años de edad) de tres horas de duración cada quince días, en la sede del punto de encuentro y con la presencia constante de un profesional del centro y de la madre del menor, quedando abierta la posibilidad de ampliarse este régimen en el futuro, a expensas de los informes bimensuales que fuesen

rindiendo al Juzgado los psicólogos del punto de encuentro. Ambos Juzgados sostienen que la restricción del régimen de visitas no conlleva una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor a fin de que progresivamente se adapte a la nueva situación de manera adecuada.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el padre de la menor interpuso de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el recurrente considera que ha sido realmente su condición de transexual femenino la que ha determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas, lo que supone la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual reconocido en el art. 14 CE.

El Tribunal Constitucional partiendo de las pruebas practicada en anteriores órgano jurisdiccionales, entre ellas, la pericial psicológica, así como de un razonamiento motivado y razonable ha justificado la necesidad y proporcional la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente, al apreciar la existencia de un riesgo cierto de que, dado el trastorno emocional coyuntural que sufre en el presente caso el padre, según el resultado de la evaluación psicológica realizada a instancias del órgano judicial, pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor si se mantuviese el régimen de visitas originario, ya que, lo que está en juego es la integridad psíquica del menor, y ello no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse ya sea, por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional entiende que las decisiones tomadas por los anteriores órganos jurisdiccionales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Fiscal, por un supuesto perjuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre. Por consiguiente, este Tribunal descarta que se haya dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales.

C) RÉGIMEN ESPECIAL DE ATRIBUCION DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

La jurisprudencia también ofrece la posibilidad de adoptar un régimen especial de visita en casos excepcionales:

i) Así, nos encontramos supuestos en los que durante los primeros años de vida el niño se han restringido las visitas o se ha establecido un régimen de visitas sin pernocta en interés del menor por razón tales como no estimarse convenientes para un niño de corta edad los cambios de domicilio, o en consideración al rechazo por el menor a la nueva pareja del padre.

Podemos destacar en este caso la STS 19 de noviembre de 2015 (Roj:4923/2015). El demandado interpuso una demanda debido al cambio de residencia del demandado que suponía una obstaculización según el demandante, el cumplimiento del régimen de visitas. En estos casos podemos que sigue la siguiente jurisprudencia⁶ que podemos extraer de esta sentencia:

Para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) cada padre/madre

⁶ STS de 20 de octubre de 2014 (Roj: 536/2014)

STS de 10 de septiembre de 2015 (Roj:3796/2015)

STS de 23 de septiembre de 2015(Roj:529720159)

recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual; b) subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables.

En este caso podemos ver que quedó acreditado que la madre de la menor tiene unos medios económicos suficientes y convive con otra pareja respecto al demandado, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia citada, el padre deberá recoger a la hija en el centro escolar y será la madre quién irá a por ella al domicilio paterno cuando concluya el régimen de visitas o estancia, todo ello sin perjuicio del deseable acuerdo de las partes en tanto no viole el interés de la menor. De la misma manera podrán optar de forma subsidiaria por que el viaje se haga en la línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usando servicio de acompañante de menores, de forma que el padre y la madre abonará el billete de la menor de forma equitativa, con lo que le evitan a la menor el desplazamiento de 1400,8.-km en automóvil o autobús, de ida y vuelta.

ii) En el caso de que la convivencia del hijo con el padre no custodio entrañe algún peligro se puede adoptar un régimen de visitas controlado y vigilado, a través de los denominados Punto de Encuentro Familiar⁷. Son lugares acondicionados para llevar a cabo las visitas en aquellos en los que tras la ruptura hay violencia, síndrome de alienación parental u otras situaciones de riesgo para los hijos que interfieren en el normal desarrollo de su relación con los padres.

iii) Cuando los hijos ya son adolescentes, próximos a la mayoría de edad es posible fijar por el juez un régimen de visita más flexible, o libre previo acuerdo de los padres.

⁷ STS de 24 de mayo de 2013 (Roj: 359/2013)

Esto podemos verlo en la STS 15 julio de 2015 (Roj:3217/2015), ya que en medida que tiene más edad se implica más con su padre y su madre y es más fácil la custodia compartida al tener más autonomía en sus actividades básicas personales en descargo de sus padres (referidas a vestido, aseo, comida, etc.), facilitándose así la correcta ejecución de dicha modalidad de custodia, así como la asignación de un régimen de visitas más flexible debido a su autonomía que se entiende a partir de los 12 años.

iv) Otro supuesto de régimen especial lo encontramos en la STS 12 mayo de 2012 (Roj: 2676/2011), donde el Tribunal Supremo considera que un menor concebido por inseminación artificial tiene derecho a relacionarse con la ex compañera de su madre biológica. La sentencia parte de la concepción del sistema familiar como plural en el sentido de que la base de la decisión no está en un hipotético derecho de visitas de la ex compañera de la madre biológica sino en el "derecho efectivo que tiene el menor a relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva". El Tribunal Supremo, entiende que la normativa aplicable para este supuesto en concreto es el artículo 160.2 del Código Civil que establece que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados" y no la normativa relativa al "derecho de visitas", que debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos.

D) EL RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DE LOS ABUELOS COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de establecer un régimen de visitas y comunicación a favor de los abuelos tras la ruptura de la relación de los padres. En la Ley 42/2003, de 21 de noviembre el legislador ha reconocido la relación de los nietos con sus abuelos puede influir positivamente en el desarrollo personal y la estabilidad afectiva de los menores que se encuentren inmersos en una ruptura de la relación de pareja de sus padres.

Por tanto, se considera que la mayor distancia que suelen tener los abuelos con respecto de los problemas ligados a la ruptura patrimonial, puede permitirles contrarrestar los efectos negativos y traumáticos que dicha situación puede tener sobre

los hijos menores, permitiendo así mantener una relación con la familia más extensa. Este establecimiento del régimen de visitas y en su caso de comunicación de los abuelos con los nietos menores de edad ha de prevalecer el interés del menor. La jurisprudencia parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de éstos con los progenitores, pues en este caso no se tuvo en cuenta el interés del menor sino el interés de los progenitores y en consecuencia se reconoce el derecho de los abuelos a este régimen pues velan por el interés de los menores.

Para su establecimiento está sujeto a control judicial, deberá escucharse la opinión del menor desde que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años, a parte de la audiencia de los propios abuelos y los padres, así como procurar que no suponga un factor que perturbe las actividades y el desarrollo normal menor, y por supuesto que se utilice este régimen de forma fraudulenta para infringir las resoluciones judiciales que restrinja o suspendan las relaciones de los menores con alguno de los progenitores.

Un ejemplo de ello lo podemos ver en la STS de 24 de mayo de 2013 (Roj: 359/2013) se establece el caso de una demanda por parte de los abuelos contra los padres de la menor solicita al Juzgado se dicte sentencia por la que acuerde el establecimiento a favor de los abuelos, de un régimen de comunicación y estancia con su nieta, adecuado a las circunstancias del caso. Podemos ver que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial denegaron este régimen de comunicación y estancia de los demandantes con la menor basándose en las malas relaciones entre los progenitores y la abuela de la menor, así como la corta de edad de la niña y el distanciamiento, estos tribunales entienden que son causa suficiente para la improcedencia de establecer *por el momento un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos, pues las nefastas relaciones entre abuela e hija pueden repercutir negativamente en el desarrollo y la estabilidad de la nieta, cuyo interés pueda verse afectado y perjudicado por unas relaciones que fueron inciertamente adecuadas y correctas, pero que posteriormente y por diversas causas se deterioraron.*

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial han priorizado el interés de la madre frente al interés de la menor y esto es contrario a la jurisprudencia establecida según la cual rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor; así como en reiteradas sentencias, así como en el artículo 160 Código Civil que establece que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo entiende que a lo largo de lo argumentado en la sentencia no se explica de qué manera o por qué estas malas relaciones pueden influir negativamente a la menor, que lo único argumentado son las malas relaciones que tiene la abuela de la menor con la madre de esta y esto no es razón suficiente para denegar el derecho de visitas a los demandantes, pues entiende que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, o, como ocurre en este caso, por las malas relaciones existentes entre la progenitora y su madre, abuela de la menor, cuando no afectan al interés de los menores. Es por ello que el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los abuelos de la menor declarándoles el derecho a comunicarse con su nieta y que dicha relación se producirá a través del Punto de Encuentro Familiar, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, y con el apercibimiento de la posibilidad de suspender o limitar el régimen de visitas cuando se observe, a juicio del juez, un perjuicio a la menor.

(2) LA ATRIBUCION DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

Tras la ruptura de la pareja, deben tomarse medidas que adapten la relación familiar a la nueva situación de convivencia cuando existan hijos menores. Se deberá decidir con quién convivirán los hijos y en qué forman se relacionarán con sus progenitores, y hay que resolver; también, cómo los progenitores van a seguir

cumpliendo con sus responsabilidades y obligaciones de cuidado y atención de sus hijos.

La custodia se configura como un derecho de los progenitores a estar en compañía suponiendo el cuidado directo del niño, la convivencia y el contacto continuado con él. Este derecho se diferencia del resto de los derechos que componen la patria potestad, que tiene un contenido más amplio: educación, alimentación, etc. ⁸(art. 154 CC). Por ello, aunque la custodia se atribuya a un solo progenitor, el otro puede seguir teniendo el ejercicio de la patria potestad en cuanto a las cuestiones importantes que no tenga que ver con la convivencia o guarda.

Podemos distinguir la guardia o custodia individual o exclusiva, en la que sólo uno de los progenitores tiene la guardia de los hijos, y al cónyuge no custodio se determina un régimen de relaciones personales, estancias, comunicaciones o visitas, en los cuales ostentará la guarda del menor. La regla general es que ambos progenitores mantienen la potestad compartida, salvo que uno de ellos haya sido privado por sentencia judicial, supuestos en los que la guarda si será exclusiva del progenitor que mantiene la potestad, sin perjuicio de que el progenitor privado mantenga su obligación de alimentos con el menor.

En segundo término, estaría la custodia compartida en la que ambos padres, tras la separación, nulidad o divorcio y normalmente por acuerdo, tienen igual o similar guarda física y una compleja responsabilidad sobre el niño, de modo ni los hijos vean fracturada su relación con los progenitores ni éstos vean excluidos del ejercicio de sus derechos y deberes. Ambos comparten la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. Dentro de estos periodos sin son largos también se podrán fijar un régimen de visitas o estancia con el progenitor no custodio. Normalmente, este modelo comporta el cambio de domicilio de los menores que se trasladan del domicilio de uno de los progenitores al domicilio del otro cuando le corresponda convivir con cada uno. Sin embargo, puede

⁸ M^a del Carmen García Garnica, M, Morillas Fernández. [y otros]. *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación Interdisciplinar*. Navarra, 2008, Aranzadi. Página 64-66

acordarse de que los menores permanezcan en el domicilio familiar y que sean los progenitores quienes se trasladen al domicilio, pero para ello requiere una predisposición de los progenitores en el uso alternado de la vivienda lo que no es habitual, ya que se estaría aplicando una interpretación analógica del art.96 CC.

Cuando hay varios menores, la guarda puede ser distribuida entre sus progenitores, quedando alguno de ellos más al cuidado de uno de los progenitores y los otros padre o madre. Esto debe evitarse en cumplimiento del principio general de no separar a los hermanos, pero no puede excluirse a priori si se ajusta en mayor medida al interés de los menores en el supuesto en concreto como ocurrió en la STS de 25 de septiembre (Roj: 3890/2015) entre otras.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 (Roj:4606/2009) ⁹, se señala que el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez acordar la custodia compartida siempre en interés del menor y resulta difícil concretar este interés a falta de una lista de criterios, pero en base a los pronunciamientos de diversas sentencias podemos extrapolar la idea sobre qué criterios sostiene la jurisprudencia a la hora de tomar una decisión como son la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan con el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; el deseo manifestado por los menores competentes; la ubicación de los respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y de otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente debe ser más compleja que cuando los progenitores conviven. Además, así se reitera la STS de 29 abril de 2014 pues declara como doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de los artículos 92,5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés del menor

⁹ STS de 10 de marzo de 2010 (Roj: 2329/2010)

STS de 11 de marzo de 2010 (Roj: 5676/2011)

STS de 29 de abril de 2013 (Roj: 3269/ 2013)

que van a quedar afectados por las medidas que se vayan a tomar cuando concurren estos criterios.

Sin embargo, hay que señalar que el juez a la hora de determinar la custodia compartida debe tener en cuenta, que este sistema se adapte al menor y a su interés no al de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección del interés del menor cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo por su actitud en el ejercicio de la guarda.

Del mismo modo, hay que denotar que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes para determinar el régimen de guarda y custodia. Solo se convierten en relevantes cuando afecten el interés del menor STS de 22 de Julio de 2011 (Roj: 5676/2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema de los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento.

Debe de tenerse en cuenta que, el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferentemente a los demás implicados. Debemos tener en cuenta que este principio se impone a jueces y a tribunales, según establecen los artículos 53 CE y 5 LOPJ y obliga la Sala a tomar las decisiones adecuada para su protección. en la misma línea debemos señalar que la STS 19 de julio de 2013 (Roj: 5002/2013) haciendo referencia al art.98 CC, centra su argumentación en el interés del menor, en el caso enjuiciado no se estima salvaguardado por la custodia individual sino por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación protocolaria del padre no custodio con el menor, lo que conlleva que se determine la custodia compartida para salvaguardar el interés del menor.

El Tribunal Supremo en la STS de 16 de febrero de 2015 (Roj: 564/2015) señala las ventajas del sistema de guardia y custodia compartida que son: a) se fomenta la integración del menor con ambos padres, b) se evita el sentimiento de pérdida, c) no se

cuestiona la idoneidad de los progenitores y d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor que se ha venido desarrollando con eficiencia.

Por último, hay que señalar que juez únicamente podrá decidir a favor de la custodia compartida cuando haya acuerdo de los padres o la solicite uno de los progenitores si ésta es la única forma de proteger el interés del menor. En el caso de que la custodia compartida sea solicitada por ambos cónyuges deberán hacerlo en la propuesta de convenio regulador (art. 81.1 y 86 CC). La misma decisión podrán alcanzarla durante el transcurso del procedimiento (art. 94.5 CC), en cuyo caso podría pensarse en la transformación de un procedimiento contencioso (art.82.2 y 86 CC) en uno de mutuo acuerdo, o bien en la continuación del contencioso, pero habiéndose alcanzado acuerdo sobre ese asunto. Sin embargo, aunque los padres estén de acuerdo en establecer la custodia compartida, el juez podrá denegarla si lo estima lesivo en función del “*favor filii*” en base a lo establecido en el art. 92.6 CC.

En el caso de que lo solicite la custodia compartida uno solo de los progenitores en base a lo establecido en el art. 92.8 CC, solo podrá llevarse a cabo cuando de ésta forma se proteja el interés superior menor, acreditando para ello un informe favorable del Ministerio fiscal junto con la solicitud de una de las partes de esta medida.

Debemos señalar que en la redacción actual del Código Civil español no se contempla la posibilidad de que la autoridad judicial resuelva a favor de la custodia compartida si no la pide ninguno de los progenitores, aunque sí se prevé en el Anteproyecto de la ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

No obstante, la situación es distinta en la legislación autonómica. Las leyes de Aragón y Valencia han optado por otorgar prioridad al sistema de guarda compartida frente al de guarda individual. Por su parte las Leyes de Cataluña y Navarra contemplan la opción de la guardia compartida estableciendo los criterios que han de valorarse para su atribución y fijando de este modo los supuestos en que procede, eliminando con ello la consideración de la guardia y custodia como un sistema excepcional. Y en todo caso,

todas ellas permiten que el juez disponga la guardia compartida de los hijos menores de edad sin que necesariamente haya habido una petición en este sentido por ninguno de los progenitores.

(3) LA PROTECCIÓN DEL INTERES DEL MENOR. LA FILIACIÓN Y ACCIONES DE FILIACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

Finalmente estudiaré el interés del menor en relación con el contenido de la filiación, especialmente lo relativo al derecho al nombre y a los apellidos y el deber legal de alimentos, y las acciones de filiación.

Las acciones de filiación tienen por finalidad la determinación legal de la filiación o la impugnación de la misma, se diferencian, en función de su objeto. Por un lado, la acción de reclamación de la filiación, según sea matrimonial o no matrimonial, con o sin posesión de estado y por otro la acción de impugnación de la filiación que se diferencia, a su vez, entre acción de impugnación de la paternidad matrimonial y acción de impugnación del reconocimiento. Dichas acciones pueden ser ejercidas por los progenitores o el hijo mayor de edad, incluso por uno de los progenitores del menor de edad en interés del menor, según los casos.

La reclamación de la maternidad o de la paternidad, si concurre posesión de estado la acción de filiación corresponde a cualquier persona que manifieste interés legítimo (art.131.1 CC). No estamos ante una acción pública, sino que exige la concurrencia de quien interpone la demanda. El Ministerio Fiscal solo puede actuar en representación del interés del menor o del incapaz (art.765 LEC). Debemos tener en cuenta que va primar el interés del menor, así como de los presuntos progenitores de manifestar judicialmente la filiación determinada por la posesión de estado.

El art. 132 CC habla de legitimación activa para la filiación matrimonial sin posesión de estado, la cual corresponderá al hijo. Mientras el hijo sea menor de edad podrá ejercitar la acción su representante legal o el Ministerio Fiscal (art. 765 LEC). En cuanto a la legitimación pasiva se encuentra recogido en el art.766 LEC, que establece

que serán partes demandadas sino se ha interpuesto la demanda las personas a las personas que se les atribuya la condición de padre y madre, siendo parte de los procesos de filiación en base a lo establecido en el art.749.1 LEC, aunque no sea promotor de los mismos ni deba conforme a la ley asumir la defensa de alguna de las partes.

Los efectos de la reclamación judicial de la filiación suponen, por un lado, la determinación o no de esa paternidad, y por otro impide que vuelva a plantearse un procedimiento en el que trate de verificarse la realidad biológica de esa filiación, dada la sentencia firme al respecto (art.764.2 LEC).

CAPITULO III: CONCLUSIONES

Se comprueba como el derecho internacional no solo contempla al menor como un objeto de protección sino como un sujeto que tiene derechos y que además deben ser protegidos. La máxima expresión de esos derechos es el derecho a ser oído y a ser parte en el procedimiento en los que se toman decisiones sobre sus intereses.

Así mismo, se denota una amplia regulación en el derecho interno pues se le garantiza al menor su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, e derecho a la información, a la libertad ideológica, el derecho a la libertad de expresión y, especialmente, el derecho a ser oído.

En relación a la atribución de la vivienda familiar, en los procedimientos de mutuo acuerdo, existe en el Ordenamiento Jurídico español una amplia libertad de decisión, siendo el juez el que debe aprobarlas para llevarlas a término. Estas decisiones tomadas por los cónyuges solo se verán coartadas si existen hijos menores y sus acuerdos en dicha materia son contrarios a su interés o perjudiciales para alguno de ellos.

Sin embargo, en los procedimientos contenciosos, será el juez quien deberá atribuir el uso de la vivienda familiar atendiendo primero a los hijos menores si los hay, tal y como se establece en el art. 96 CC, o atendiendo al interés del más necesitado si no hay hijos menores ni discapacitados, ya que, si los hijos son mayores de edad, la

atribución se hará al cónyuge más necesitado y en condiciones de igualdad se ha optado por atribuir la vivienda de forma alternativa a uno u otro.

En los supuestos de guardia y custodia compartida, se atribuirá el uso de la vivienda familiar en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si lo hubiese. Esta atribución tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

En el caso de existir varios menores dentro de la unidad familiar, quedando los hijos en compañía de unos de los progenitores y los restantes con el otro progenitor, el juez atribuirá la vivienda familiar, el juez atenderá al caso concreto y siempre atendiendo al interés preponderante del menor. Debemos señalar que en estos casos se vulnera el principio de no separar a los hermanos regulado en el art. 92 Código Civil, esto es posible cuando las circunstancias determinen que no es posible la convivencia plena de todos los hermanos con solo progenitor.

En el caso de no existir hijos menores, se atribuirá el uso de la vivienda familiar corresponderá al cónyuge no titular siempre que, atendiendo las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

En relación al régimen de visitas, cuando la custodia sea atribuida en exclusiva a uno de los progenitores, será preciso establecer un régimen de visitas a favor del otro progenitor (art. 94 CC), ya que el art.160 CC establece que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho salvo acuerdo entre las partes que se determinará por acuerdo regulador.

El juez podrá limitar o suspender dependiendo del caso concreto el régimen de visitas, así como a ejercer el derecho a la patria potestad si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen graves tales como violencia sobre la mujer o sobre el menor, incumplimiento reiterado del pago de la pensión de alimentos, incumplimiento del régimen de visitas establecido, riesgo de sustracción, entre otros.

También se pueden atribuir régimen de visitas especiales cuando se den circunstancias que necesiten que se lleven a cabo medidas adaptadas a cada caso, ejemplo de ello es, cuando el tribunal considera que debe restringirse durante los primeros años de vida al niño la visitas o establecer un régimen de visitas sin pernocta en interés del menor por razón tales como no estimarse convenientes para un niño de corta edad los cambios de domicilio, o en consideración al rechazo por el menor a la nueva pareja del padre.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de establecer un régimen de visitas y comunicación a favor de los abuelos tras la ruptura de la relación de los padres. La jurisprudencia parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de éstos con los progenitores, pues en este caso no se tuvo en cuenta el interés del menor sino el interés de los progenitores y en consecuencia se reconoce el derecho de los abuelos a este régimen pues velan por el interés de los menores.

Se observa, que a la hora de atribuir un régimen de custodia compartida debe tener en cuenta, que este sistema se adapte al menor y a su interés no al de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección del interés del menor cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo por su actitud en el ejercicio de la guarda.

El juez cuando decide atribuir la guardia y custodia compartida establece que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes para determinar el régimen de guarda y custodia. Solo se convierten en relevantes cuando afecten el interés del menor como sucede en supuestos de conflictividad extrema de los progenitores,

especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento.

El juez únicamente podrá decidir a favor de la custodia compartida cuando haya acuerdo de los padres o la solicite uno de los progenitores si ésta es la única forma de proteger el interés del menor. Debemos tener en cuenta que la redacción actual del Código Civil español no se contempla la posibilidad de que la autoridad judicial resuelva a favor de la custodia compartida si no la pide ninguno de los progenitores, aunque sí se prevé en el Anteproyecto de la ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

En cuanto, a la filiación observamos el derecho que tienen los menores a los apellidos, podemos ver que, en los supuestos de doble filiación, cuando exista desacuerdo en el orden de transmisión de los apellidos se establece que el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores para que en el plazo máximo de 3 días comunique el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. Pues el apellido de una persona es, no sólo un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, sino, lo que es más importante, un medio de identificación personal cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR RUIZR Leonor, DÍAZ GÓMEZ, Manuel. [y otros]. *Derecho Civil I. Parte general y Derecho a la persona*. Valencia, 2013, edit. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen. *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y a la propia imagen*. Thomson, Navarra (2004).
- GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, MORILLAS FERNÁNDEZ, M. [y otros]. *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación Interdisciplinaria*. Navarra, 2008, Aranzadi.
- GETE- ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Custodia compartida. Derecho de los hijos y de los padres*. Pamplona 2015, ed. Aranzadi.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*. 12^o edición. Duodécima edición. Madrid, 2013, ed. Marcial Pons.

- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*. 14ª edición. Decimocuarta edición. Madrid, 2015, ed. Marcial Pons.
- MACANÁS, Gabriel. *Efectos y defectos del art. 30 CC*. Barcelona, 2013. InDret.
- RODA Y RODA, Dionisio. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Pamplona, 2014, ed. Aranzadi, SA.
- TOLDRÁN ROCA, Mª Dolores. *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*. Valencia, 2007, ed. Tirant lo Blanch.
- VESTRI, Gabriele. *Inmigración y extranjería, amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*. Valencia, 2014, ed. Tirant lo Blanch.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIAL CITADA

Atribución de la vivienda habitual como manifestación del interés del menor.

- STS 5 de septiembre de 2011 (Roj: 6237/2011).
- STS 30 de abril de 2012 (Roj: 3056/2012).
- STS 2 de junio de 2014 (Roj: 2133/2014).
- STS 24 de octubre de 2014 (Roj: 4249/2014)
- STS 28 de noviembre de 2014 (Roj: 4836/2014).
- STS 25 de marzo de 2015 (Roj:1093/2015).
- STS 17 de junio de 2015 (Roj: 2587/2015).
- STS 24 de septiembre de 2015 (Roj:3890/2015).

Atribución del régimen de visitas como manifestación del interés del menor.

- STS 22 de diciembre de 2008 (Roj: 176/2008).
- STS 12 de mayo de 2012 (Roj: 2676/2012).
- STS 24 de mayo de 2013 (Roj: 359/2013).
- STS 20 de octubre de 2014 (Roj: 536/2014).
- STS 15 julio de 2015 (Roj: 3217/2015).
- STS 10 de septiembre de 2015 (Roj: 3769/2015).
- STS 23 de septiembre de 2015 (Roj: 5297/2015).
- STS 27 de octubre de 2015 (Roj: 4252/2015).
- STS 9 de noviembre de 2015 (Roj: 621/2015).
- STS 19 de noviembre de 2015 (Roj: 4923/2015).
- STS 26 de noviembre de 2015 (Roj:4900/2015).

Filiación en manifestación del interés del menor.

- STS 17 de febrero de 2015 (Roj: 76/2015).
- STS 2 de marzo de 2015 (Roj: 568/2015).
- STS 2 de diciembre de 2015 (Roj: 4925/2015).

La custodia compartida como manifestación del interés del menor.

- STS 8 de octubre de 2009 (Roj: 4606/ 2009).
- STS 10 de marzo de 2010 (Roj: 2329/2010).
- STS 11 de marzo de 2010 (Roj: 5676/2010).
- STS 19 julio de 2013 (Roj: 5002/ 2013).
- STS 22 de julio de 2011 (Roj: 5676/ 2011).
- STS 29 de abril de 2014 (Roj:3269/ 2014).
- STS 16 febrero de 2015 (Roj: 564/2015).
- STS 25 septiembre de 2015 (Roj: 3890/2015)