



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2015/2017

**Las particularidades de la prueba en los
procesos de crisis matrimoniales.
Especial atención al interés del menor.**

Autora: Regina M^a de la Rúa Martín

Tutora: María Luisa Marro Rodríguez

Diciembre 2016



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO

MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2015/2017

Las particularidades de la prueba en los procesos de crisis matrimoniales. Especial atención al interés del menor.

The particularities of the marital crisis trial process. Special attention to the interest of the child.

**Trabajo realizado por Regina María de la Rúa Martín,
bajo la dirección de María Luisa Marro Rodríguez**

e-mail autora: reginamaria_168@hotmail.com

La autora

Vº. Bº. de la tutora

Resumen

La familia es un bien jurídicamente protegido por la Constitución Española, concretamente lo encontramos recogido dentro de los derechos sociales, es por ello que los procesos relativos a la familia van a ser especiales ya que la materia que está en juego es de interés público.

El principio rector de estos procedimientos es el interés superior del menor, así en esta recensión vamos a ver cuáles son los criterios que se siguen para resolver los conflictos que se desarrollan en los procesos de crisis matrimoniales a la luz de la doctrina y de las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y diversas Audiencias Provinciales.

Asimismo, se explicarán los diferentes medios de prueba existentes y sus controversias. Y a su vez, se hará referencia a la audiencia del menor como un derecho esencial que ostentan los niños de ser oídos.

Palabras claves

Procesos matrimoniales, procedimiento contencioso, procedimiento de mutuo acuerdo, medios de prueba, protección del menor, audiencia al menor.

Abstract

The family is a legally protected by the Spanish Constitution, specifically we find it collected within social rights, so that the proceedings relating to the family are going to be special since the matter at stake is of public interest.

The guiding principle of these procedures is the superior interest of the child, so in this review we will see which guidelines are followed to resolve the conflicts produced in the processes of marital crisis in light of the doctrine and the sentences of the Constitutional Court, Supreme Court and diverse Provincial Courts.

Likewise, we are going to explain different ways of evidence and their controversies. Also, child's hearing will be referred as an essential right for children to be heard.

Keywords

Matrimonial proceedings, adversarial proceeding, mutual agreement proceeding, means of evidence/proof, protection of the minor, hearing of the minor.

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. Rasgos característicos de los procesos matrimoniales	2
2.1. Regulación	2
2.2. Postulación.....	2
2.3. La intervención del Ministerio Fiscal	3
2.4. Publicidad restringida	5
2.5. indisponibilidad del objeto del proceso	6
2.6. Facultad del juez para actuar de oficio	7
2.7. El bien superior del menor como criterio rector en los procesos de familia.....	8
3. La prueba.....	12
3.1. Procedimiento y particularidades.....	12
3.2. Qué pretensiones se buscan en los procesos de crisis matrimoniales.....	16
3.2.1. Separación, divorcio o nulidad	16
3.2.2. Patria Potestad	16
3.2.3. Guarda y custodia	16
3.2.4. Régimen de visitas.....	21
3.2.5. Pensión de alimentos	23
3.2.6. Uso de la vivienda familiar.....	24
3.2.7. Pensión compensatoria	25
3.3. Medios de prueba.....	26
3.3.1. El interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados	27
3.3.2. Dictamen pericial.....	29
3.3.2.1. Dictamen psicosocial.....	30
3.3.3. Testifical	32

4.	La audiencia y exploración del menor	33
4.1.	Naturaleza jurídica	34
4.2.	Obligatoriedad de la exploración del menor	34
4.3.	Modo de practicar la audiencia del menor	38
4.4.	Cuándo se ejercita este derecho	41
4.5.	Plasmación de la audiencia del menor	42
5.	Conclusiones	44
6.	Bibliografía.....	46
7.	Jurisprudencia.....	49

Abreviaturas

- AAP: Auto de la Audiencia Provincial
- Art.: artículo
- Arts.: artículos
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- FJ: Fundamento jurídico
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- núm.: número
- p.: página
- PEF: Puntos de Encuentro Familiar
- RDGRN: Resolución de la Dirección General. de los Registros y del Notariado
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- sec.: sección
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TC: Tribunal Constitucional
- TS: Tribunal Supremo
- UE: Unión Europea

1. Introducción

En el presente trabajo vamos a analizar las diferentes especialidades que tienen los procesos de familia, centrándonos principalmente en los procesos de crisis matrimoniales como lo son la separación, el divorcio o la nulidad. Enunciaremos los principios y especialidades de estos procesos, así como sus posibles excepciones.

Este trabajo lo que pretende es señalar por qué estamos ante un proceso especial, haciendo un estudio sobre el interés del menor, que como veremos todo girará en torno a él por ser considerado materia de orden público, y por ello, materia no disponible para las partes.

Haremos alusión a abundante jurisprudencia española para que veamos cómo los jueces en la práctica fundamentan todas sus resoluciones atendiendo al interés del menor.

Asimismo, explicaremos como se encuentra actualmente regulado la exploración de los menores a partir de la reforma legislativa que dio lugar a la ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cambiando el enfoque que se tenía sobre el ejercicio del derecho del menor a ser oído, pasando de ser preceptivo pues se imponía en el Código Civil que en los casos que tratasen sobre el cuidado y educación del hijo menor se debería de oír siempre al menor que tuviese suficiente juicio y en todo caso a los mayores de 12 años, pasando ahora a ser facultativo pues no siempre oír al menor es lo mejor para el infante, pues tener que pasar por los juzgados no es un trámite fácil de llevar psicológicamente para un niño.

En relación a este tema haremos alusión a cómo se desarrolla esta exploración y la controversia que existe en la actualidad al no existir una normativa estatal que indique cómo ha de llevarse a cabo, pero sí indicaremos unas pautas que se vienen realizando en la práctica.

Finalmente, veremos la problemática que existe a la hora de plasmar el contenido de la audiencia del menor, pues como estudiaremos, en la audiencia sólo estarán presentes generalmente el juez, el fiscal y el letrado de la administración de justicia, ocasionándose un enfrentamiento entre el derecho a la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes.

2. Rasgos característicos de los procesos matrimoniales

2.1. Regulación

El capítulo de los procesos matrimoniales y de menores lo encontramos encuadrado dentro del Libro IV título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el título de procesos especiales. Esto ya nos hace afirmar que no estamos ante un procedimiento ordinario, sino que este tipo de procesos van a tener sus propias particularidades. Concretamente cuando las especialidades de una materia son procedimentales estamos ante un proceso declarativo especial, y el legislador ha querido que ello sea así puesto que los procesos matrimoniales y de menores afectan al interés público, terreno que limita la capacidad de las partes de disponer sobre esas situaciones jurídicas¹.

Sobre esta materia también encontramos regulación en algunas disposiciones del Código Civil contenidas en el Libro I Título IV del matrimonio, además de las diferentes legislaciones forales y autonómicas existentes.

2.2. Postulación

La intervención del abogado y del procurador en los procesos de familia es preceptiva en todas las fases del procedimiento (artículo 750 LEC) salvo para la solicitud de medidas provisionales previas que será facultativo (artículo 771.1 LEC).

Es preceptiva tanto en los procesos contenciosos como en los procesos de mutuo acuerdo, pero en este último caso cabe la posibilidad y así lo establece la ley en el artículo 750.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si los cónyuges lo desean pueden valerse de una sola defensa y representación.

De conformidad con el artículo 770.3 LEC no se puede celebrar la vista sin la asistencia de los abogados de las partes, y en el caso de que se celebre sin la presencia de éstos, el acto será nulo de pleno derecho en virtud del artículo 225.4 de la LEC.

Esta obligación se contempla por ejemplo en la SAP de Málaga de 29 de noviembre de 2005 que en su FJ 2º manifiesta que *“siendo obligatoria la presencia del letrado en el acto de la vista según el artículo 770.3º del mismo texto legal, el hecho de haber celebrado la vista sin la presencia de este último profesional determinan una infracción absoluta de normas procesales, generadora de indefensión para la parte demandada, que posibilita, conforme a los artículos 225 y siguientes de la LEC y 238 y siguientes de la LOPJ, la declaración de nulidad de actuaciones, desde el acto de la vista, siendo así que las mismas han de quedar retrotraídas al momento inmediatamente anterior a su celebración”*.

¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. , DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Los procesos especiales y las especialidades procedimentales de los procesos ordinarios*, en *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 542 - 544

Por el contrario, a pesar de que sea preceptiva la asistencia del procurador en la vista, si éste no acudiese pero sí el abogado con la parte litigante, no procede declarar la nulidad del acto, así lo aboga GONZÁLEZ DEL POZO, J. P² que considera que sería una sanción procesal desproporcionada dejando en absoluta indefensión a la parte, sobre todo cuando el papel del procurador es de representación y en la práctica no tiene utilidad cuando el representado está presente en el acto.

2.3. La intervención del Ministerio Fiscal

No en todos los casos la intervención del Ministerio Público va a ser obligatoria, sino sólo en aquellos casos en los que haya un interés público y social que deba ser defendido, función que recoge el artículo 124 de la Constitución Española³, y es que en todos los procesos de crisis matrimoniales en los que exista un menor, incapacitado o ausente legal, va a ser preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 749.2 LEC).

Así ya lo recogió la Circular 1/2001, 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles: *“El Ministerio Fiscal interviene en el proceso si existen hijos del matrimonio menores de edad o incapaces, ejerciendo una legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido”*.

La intervención del Fiscal en la vista es obligatorio, así la circular anteriormente nombrada establece como instrucciones al fiscal el deber de participar en la prueba propuesta por las partes, así como proponer el mismo prueba, todo ello en defensa de los intereses de los menores e incapaces, y realizando una labor de control en el contenido de los acuerdos de los progenitores alcanzados en el convenio regulador por ellos suscrito.

Además, no sólo deberá estar presente en la vista, sino que también asistirá a las pruebas que se practiquen en los 30 días posteriores a la vista, así como en la exploración de los menores e incapaces en el caso de que se ejercite este derecho. En este último supuesto, no es suficiente con que se le remita el acta con el resultado de la diligencia de exploración, pues como ya hemos señalado actúa en defensa del menor, y por ello es necesario que esté presente en la exploración y pueda tomar una posición activa dentro del transcurso de este acto pudiendo interrogar al menor, para conocer de primera mano los intereses de éste, y comprobar si el menor expresa su opinión con

² GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “El desarrollo de la vista”, *Los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2009, p. 387

³ Artículo 124.1 CE: El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

total libertad o si por el contrario está influenciado, y velar por que las medidas que tome el Tribunal sean las correctas⁴.

Como bien señala la fiscal MORÁN GONZÁLEZ, M. I⁵ *“La actuación del Fiscal, está en estos procesos orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social, lo que se manifiesta en la posición que ocupa, en defensa siempre y únicamente en interés de los menores”*.

Cabe preguntarse si la ausencia del fiscal en el acto de la vista da lugar a la nulidad de actuaciones o no. En este sentido hay jurisprudencia diversa, por un lado podemos señalar a título ejemplificativo la SAP de Cádiz de 12 de diciembre de 2013 que considera que no cabe alegar nulidad de actuaciones: *“Del examen detallado de los autos, no resulta cometido en la instancia defecto alguno, pues si bien es cierto que el Ministerio Fiscal necesariamente ha de intervenir en este tipo de procesos al afectar a menores (artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en su exclusivo interés y beneficio, dicha intervención consta pues en virtud de auto de 19 de Mayo de 2.011, se acordó dar a aquel traslado de la demanda, con entrega de copia y documentos acompañados a la misma, la que fue contestada por el Ministerio Público en virtud de escrito que tuvo entrada en el órgano judicial a 17 de Octubre de 2.011, habiéndose notificado a este cuantas resoluciones han recaído en la primera y segunda instancia, y habiendo sido oportunamente citado en legal forma a la vista. El hecho de que se abstuviera de asistir a meritado acto de la vista, por circunstancias que nos resultan desconocidas, no es en modo alguno causa de nulidad, especialmente cuando no consta que se interesase la suspensión del procedimiento ni se hiciese alegación alguna en dicho sentido, máxime cuando, en todo caso, los intereses de los menores no solo se encomiendan al Ministerio Fiscal sino también a los Tribunales.”*

Y por otro lado en sentido contrario, la SAP de Cádiz de 13 de febrero de 2003 estima que sí que debe declararse la nulidad de actuaciones cuando no está presente en la vista el Ministerio Fiscal por ser una obligación que la ley le impone: *“El examen de las actuaciones evidencia cómo el representante del Ministerio Fiscal, tras oponerse a la demanda en trámite escrito fechado a 30 de abril de 2002, constituyéndose en parte necesaria conforme al mandato del art. 749 LEC no compareció como es preceptivo a la vista del art. 770 del mismo texto legal. Pues bien, cuantas cuestiones de derecho de familia se aborden en este proceso, aun prescindiendo de las circunstancias que rodean al caso, y en concreto, la condición de penado del padre, así como las cautelas que se fijan en el régimen de visitas respecto al abuelo, llenan de razón la presencia del*

⁴ LACALLE SERER, E y SANMARTÍN ESCRICHE, F, “Protocolo sobre la prueba en los procesos matrimoniales”, Protocolos sobre procesos matrimoniales: protocolos redactados conforme a la ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p.138

⁵ MORÁN GONZÁLEZ, M. I, “El Ministerio fiscal y los sistemas de guardia y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, nº 2 Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2009, p. 87

Fiscal, pues como es ocioso recordar trascienden del interés puramente individual de los litigantes al social y público. Así las cosas, amén de la infracción de la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, como ya se pronunció la Sala 3ª de esta Audiencia en Sentencia de 12-2-2000, siendo preceptiva e ineludible la intervención del Ministerio Fiscal, según resulta de lo dispuesto en los arts. 24.1 y 124 de nuestra Constitución y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de Diciembre, que en los apartados 6 y 7 de su art. 3, desarrolla el precepto constitucional en último término mencionado y como quiera que el Ministerio Fiscal no intervino en la vista de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil en relación con el art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se produce una nulidad de actuaciones, nulidad que al margen de ser alegada por el recurrente debería apreciarse de oficio ex art. 240.2 LOPJ, debiendo retrotraerse las actuaciones a la celebración de la vista con la preceptiva presencia del Ministerio Fiscal como parte necesaria en el proceso”.

En los procesos de separación y divorcios consensuados el Ministerio Fiscal deberá emitir un informe en el que se recoja si el convenio regulador pactado por los progenitores es favorable o no para los hijos menores o incapaces⁶ (Artículo 777.5 LEC).

En los procesos de nulidad del matrimonio el Ministerio Fiscal siempre será parte, y velará por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada (art 749.1 LEC).

2.4. Publicidad restringida

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece como regla general para todos los procesos de las distintas órdenes jurisdiccionales que las actuaciones sean públicas, salvo que existan excepciones que prevean las diferentes leyes procesales (artículo 231 LOPJ).

Acudiendo a la ley procesal civil, la regla general es la audiencia pública⁷, sin embargo, en los procesos de familia, por la materia que trata, existen determinadas circunstancias que aconsejan que los actos y la vista se celebren a puerta cerrada, que deberá solicitarse a instancia de parte o instarse de oficio.

⁶ FENÁNDEZ LÓPEZ, M, “Procesos matrimoniales y mediación familiar”, *Revista Procesos Matrimoniales*, 2011, p. 5

⁷ El artículo 138 LEC dispone que: *Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública. No obstante, en el siguiente apartado establece la excepción a la regla general y es que podrán celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.*

El artículo 754 de la LEC otorga esta posibilidad: *En los procesos a que se refiere este Título podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley.*

A diferencia de lo que establecen los artículos 232 de la LOPJ y 138 de la LEC que dicen que la resolución que limite el ámbito de publicidad deberá estar motivado, concretando el artículo 138 de la LEC que deberá ser mediante auto, mientras que en estos procesos será por providencia.

Esta discrecionalidad que se le otorga al juez está siendo criticada por amplia doctrina moderna como bien manifiesta la autora CALAZA LÓPEZ, S⁸ que reprochan la ausencia de unas reglas concretas que determinen el secreto de las actuaciones orales, además de que la adopción de la decisión del juez se realiza mediante providencia y no mediante auto, y por tanto no hay motivación por parte del juez del por qué es conveniente de que los actos y la vista se celebren a puerta cerrada.

En la práctica como explica GONZÁLEZ DEL POZO, J.P⁹ *“La decisión de celebrar la vista o practicar las pruebas a puerta cerrada se adoptará, de ordinario, en la providencia en que se señala la vista, pero nada impide tomarla en una providencia posterior o, incluso, que el juez acuerde oralmente, al inicio de la vista, siendo ésta última, en el usus fori, la práctica habitual, aunque en muchas ocasiones se omita todo pronunciamiento, escrito o in voce, al respecto, por estimarse innecesario al no comparecer al acto personas distintas de las partes, sus representantes y defensores y, en su caso, el Ministerio Fiscal”.*

2.5. Indisponibilidad del objeto del proceso

Como ya hemos señalado anteriormente estamos ante un proceso especial en el que prima el interés superior del menor, y es por ello que no podemos dejar al libre arbitrio de las partes la solución del problema en cuanto éste afecte en lo más mínimo a los hijos menores o incapaces.

El artículo 751.1 LEC expone que en los procesos a los que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

En primer lugar hace referencia a la renuncia, y es lógico que en este tipo de procesos no quepa pues como bien explica CALAZA LÓPEZ, S¹⁰ *“nadie puede renunciar a la nulidad, separación o divorcio, provocando, con ello, una sentencia, donde, de*

⁸ CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de patrimonios*, Aranzadi S.A, Navarra, 2015, p. 258-259

⁹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “El desarrollo...”, op., cit., p. 384

¹⁰ CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia...*, op., cit., p. 201-205

atenderse a semejante pretensión, se fijase la indisolubilidad o irrupción presente y futura del vínculo matrimonial con eficacia de cosa juzgada”.

En segundo lugar, en cuanto a la figura del allanamiento, cuando el demandado decide allanarse, el juez revisará las medidas que la parte demandante solicita, en el sentido de que no perjudiquen a los hijos menores o incapacitados. Si el juzgador considera que son contrarias al interés del menor, éste modificará las medidas que resulten impropias adaptándolas a lo que estime oportuno, no vinculándole por tanto la manifestación de allanamiento realizada por la parte.

A mayores, en los procesos de nulidad, como alega GONZÁLEZ DEL POZO, J.P¹¹ *“el allanamiento no surtirá efecto alguno y será necesario, para que la acción prospere, acreditar fehacientemente la concurrencia de una de las causas recogidas en el artículo 73 del Código Civil.”*

Si por el contrario, las medidas aunque a simple vista parezcan perjudiciales para uno de los cónyuges, mientras no afecten a los hijos menores serán consideradas válidas porque rige el principio de autonomía de la voluntad.¹²

Y por último, tampoco cabe la transacción salvo en aquellas pretensiones que afecten a materia disponible por las partes, que en cuyo caso el citado acuerdo deberá ser homologado por el juez.

2.6. Facultad del juez para actuar de oficio

En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores el juez podrá decretar de oficio todas las pruebas que estime pertinentes (artículo 752.1 LEC), pero siempre que se refieran a hechos sobre materias no disponibles para las partes¹³.

A su vez esta facultad la vuelve a reiterar el legislador dentro del capítulo IV (de los procesos matrimoniales y de menores) en el artículo 770.4 LEC, añadiendo asimismo la posibilidad que tiene el juez de solicitar de oficio si lo estima necesario, la audiencia del menor o incapacitado siempre que tenga suficiente juicio, y en todo caso, a los mayores de 12 años.

¹¹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P “Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” *Los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2009, p. 737

¹² LACALLE SERER, E y SANMARTÍN ESCRICHE, F, “Disposiciones comunes a los procesos matrimoniales”, *Esquemas de procesos matrimoniales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p.23

¹³ ÁLVAREZ ALARCON, A, “Procedimiento contencioso de crisis matrimonial” *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016

La autora CALAZA LÓPEZ, S¹⁴ opina en este sentido que el tribunal sólo podrá acordar de oficio las pruebas que estime pertinentes para comprobar hechos de medidas que afecten a los menores o incapacitados pero no para verificar la viabilidad de la separación o del divorcio, pues de ello ya se encargarán los progenitores de aportar los documentos que exige la ley.

2.7. El bien superior del menor como criterio rector en los procesos de familia

A partir del estudio de la amplia jurisprudencia de los tribunales españoles en materia de familia podemos afirmar que el interés superior del menor o el *favor filii* es el principio rector en estos procesos ya que todas las resoluciones van a girar en torno a este interés (siempre que haya un menor de por medio).

Este principio rector fue plasmado en la Constitución Española de 1978 que contempla dentro de los principios rectores de la política social y económica en su artículo 39 la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y especialmente reconoce la protección de la que gozarán los menores (teniendo en cuenta todos los acuerdos internacionales que velen por sus derechos).

Este interés del menor se introdujo a su vez en el Código Civil en diversos preceptos, siendo destacable actualmente en materia de familia el artículo 94 referente al derecho de visitas.

La SAP de Valencia sec 10 de 4 de octubre de 2007 expone que: *“No debe olvidarse que en esta materia es criterio primordial el del "favor filii», contenido en los arts. 92, 93 y 94 del código sustantivo, que "obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad y que está en íntima armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española" (sentencia del TS de fechas 9-3-1989 5-10-1987 y 11-10-1991, entre muchas otras, y que en este mismo sentido proteccionista hacia los menores de edad, se manifiesta con suma claridad la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20-11-1989. Por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sine lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene por qué coincidir lo adecuado con su opinión. Es por que el propio Código Civil en su artículo 92 ello dispone la obligatoriedad de dar audiencia a los hijos mayores de doce años, pero no a los menores de dicha edad”*.

¹⁴ CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia...*, op., cit., p. 262

La preocupación por la protección de los derechos del menor se manifestó en el texto normativo de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas en el año 1989, dando lugar seguidamente a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio español, donde se recogen los derechos y deberes de éstos además de las medidas que se han de tomar en la situaciones de desprotección social.

A partir de los cambios sociales que se han ido generando al cabo del tiempo desde que se promulgó ésta ley orgánica ha dado lugar a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que como bien indica su exposición de motivos *“esta ley tiene como objeto introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución. Se busca con ello la mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores”*.

Al no existir una definición en el ordenamiento jurídico español, la mayoría de la doctrina¹⁵ define el interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado¹⁶, esto quiere decir que va a requerir, dependiendo de cada caso y de circunstancias concretas, de una valoración y ponderación por parte del juez siempre atendiendo al principio de protección del menor, pero los criterios que va a seguir el juez no se encuentran tasados en una lista cerrada, sino que éstos se han ido generando a lo largo de los años a través de las diferentes interpretaciones que han ido estableciendo los tribunales y que los legisladores han ido plasmando en diferentes leyes. Lo que quiere decir que, es un concepto sujeto a la interpretación personal, que va a variar según las circunstancias sociales, culturales y demográficas de los sujetos¹⁷.

¹⁵ CUENCA ALCÁINE, B, “EL interés del menor en los procesos de familia”, aa-divorcios.com
GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor” *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 115

¹⁶ Hay quien considera que calificarlo como concepto jurídico indeterminado es un error, así por ejemplo LÓPEZ ROMERO, P. M, “custodia compartida e interés superior del menor” *Diario La Ley*, 2015, pone de relieve que: *“la acepción relativista del contenido de tal interés superior de menor, unida a la desconexión entre lo que haya de constituir el bien del menor y las medidas dirigidas a su protección fruto de tal acepción, es una conjunción que puede actuar como puente de resoluciones erróneas y perjudiciales para el menor ya que tal acepción propicia que la base real de tales resoluciones sea la pura discrecionalidad del juzgador, sin excluir el peligro de que las mismas se basen en las opiniones subjetivas del mismo, lo que supone caer en una más o menor abierta arbitrariedad inadmisibles en el contexto de un Estado de Derecho”*.

¹⁷ RODA Y RODA, D, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 34-35

En este mismo sentido, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia afirma que *“La determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”*.

Como señala GUILARTE MARTÍN-CALERO, C¹⁸ para la determinación del interés del menor *“se exige, la estricta observancia de dos pasos bien diferenciados que deben preceder a la adopción de una medida que afecte a un menor: la evaluación del interés, que consiste en valorar y ponderar todos los elementos del caso concreto, y la determinación del interés como proceso estructurado y con las debidas garantías, de suerte que sólo se integrará correctamente el interés superior del menor si se respetan las garantías del proceso (interés superior como norma de procedimiento), se evalúan todos los elementos relevantes del caso, se ponderan atendiendo a las particulares circunstancias de niño y su entorno (interés del menor como derecho sustantivo) y prevalece el interés del niño frente a cualesquiera otros”*.

Lo que está claro es que la finalidad de este principio es conseguir el desarrollo idóneo del menor, la defensa de su dignidad y favorecer su estabilidad emocional y afectiva¹⁹, como dice GUILARTE MARTÍN-CALERO, C²⁰ *“En el contenido del interés del menor puede identificarse una ventaja efectiva (componente positivo), conjugada con la evitación de un perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo); pues bien considero que ese componente positivo es el tenido en cuenta por el legislador a la hora de atribuir un derecho al menor y la cautela o prevención del perjuicio o daño se encomienda a la familia, a la Administración y a la autoridad judicial”*.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para dotar de contenido al concepto jurídico indeterminado reforma el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor teniendo en cuenta la jurisprudencia generada en los últimos años del Tribunal Supremo así como la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, así comienza diciendo dicho precepto que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”*. Y continúa diciendo que en caso de que haya dos intereses legítimos a ponderar primará el interés del menor sobre cualquier otro.

¹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “El interés superior..., op., cit., p. 119

¹⁹ AAP Sevilla de 3 febrero 2010, SAP Pontevedra de 24 noviembre 2009, SAP Barcelona de 31 marzo 2009, SAP Salamanca de 21 marzo 2005

²⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Introducción: La consideración del interés del menor in abstracto” *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17

A partir de la redacción de este artículo se empiezan a introducir unas ideas de interpretación y aplicación de interés del menor, pero insistiendo que no son los únicos posibles, y siempre teniendo en cuenta²¹:

- La edad y madurez del menor.
- La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad.
- El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Podemos ultimar como bien refiere AÑÓN CALVETE, J ²² que hay que entender el interés del menor *“como aquello que le beneficia, entendido el beneficio en el sentido más amplio posible y no sólo de orden material, sino también de orden social, psicológico, moral etc., todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo integral. En definitiva, “interés del menor” debe*

²¹ La STS de 31 de julio de 2009 nos muestra una serie de criterios que la doctrina científica ha ido elaborando para la determinación en concreto del interés del menor:

“a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.

b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

c) Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo.

d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro”.

²² AÑÓN CALVETE, J, “Interés del menor”, *El Derecho*, 2015

entenderse desde la aceptación del menor como persona, como sujeto de derecho en cuya representación todos actuamos y decidimos por él”.

En los procesos de crisis matrimoniales aunque exista colisión entre los intereses del menor y los de los progenitores, debe primar ante todo, el beneficio o interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores²³.

3. La prueba

3.1. Procedimiento y particularidades

En primer lugar debemos de señalar que este tipo de procesos especiales siguen los trámites del juicio verbal (artículo 770.1 de la LEC).

Podemos distinguir las siguientes fases en el trámite probatorio²⁴:

- 1) proposición de prueba por las partes
- 2) admisión o inadmisión por el juez de la prueba
- 3) Protesta de las partes por la prueba indebidamente inadmitida.
- 4) manifestación por parte del juez de insuficiencia probatoria.
- 5) práctica de la prueba.
- 6) acuerdo y práctica de la prueba de oficio.

Como peculiaridad en los procesos matrimoniales, en lo que se refiere a la alegación de hechos, se pueden introducir tanto en la demanda, como en la vista e inclusive hasta después de la vista. En este sentido es mucho más arbitrario que en el resto de procedimientos en los que rige el principio de preclusión del art 400.1 LEC, es decir, que los hechos conocidos deben alegarse en la demanda y no posteriormente, excepto que sean hechos nuevos o de nueva noticia cuyo conocimiento se ha generado después de la interposición de la demanda o de la contestación a la demanda.

En estos procesos rige la regla que establece el artículo 752.1 LEC: *Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.*

²³ SAP A Coruña de 17 diciembre 2013, SAP Valencia de 14 abril 2011, SAP Valencia de 14 noviembre 2005

²⁴ ÁLVAREZ ALARCON, A, “Procedimiento contencioso de crisis matrimonial”, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Tirant Lo Blanch, p. , 2016

Esto quiere decir que los hechos pueden derivarse no sólo de las alegaciones contempladas en la demanda y contestación a la demanda, sino que pueden surgir hechos nuevos a partir de las pruebas que se practiquen. Estos hechos serán tenidos en cuenta por el tribunal por ser materia que afecta a menores, bien jurídico especialmente protegido.

Asimismo, la prueba no sólo la van a poder proponer las partes y el fiscal sino que como ya hemos señalado anteriormente y como el abogado MOURE, E²⁵ concluye en su artículo “*en estos procedimientos el juez goza de un poder inédito que en el resto de procedimientos para ampliar el material probatorio, sin más límites que el de dar audiencia y contradicción a las partes, ni más preclusiones que el momento en que los autos quedan conclusos para dictar sentencia*”, es decir, que el juez de oficio podrá proponer todas las pruebas que estime pertinentes, pero siempre que sean para comprobar:

- 1) La concurrencia de circunstancias exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, la separación o el divorcio.
- 2) Los hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas y que afecten a los hijos menores o incapacitados.

Tratando de sistematizar lo anterior, me parece destacable la STS de la Sala 1ª de 10 de julio de 2015 que manifiesta que es doctrina reiterada²⁶ que: “*la regla de la prueba presenta una excepción en el artículo 752 LEC, que evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del artículo 271.1 LEC y del propio artículo 460 LEC, dada la naturaleza del objeto del proceso. De este modo, el artículo 752.1 LEC contiene reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales, que son:*

- a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y*
- b) que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes”*

Otra particularidad es que aunque exista una conformidad de las partes sobre los hechos, ello no va a vincular al tribunal, ni podrá decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre hechos alegados por la parte contraria (artículo 752.2 LEC)

²⁵ MOURE, E, “La prueba pericial en los procesos de familia: entendiendo al Juez Holmes”, *Diario la Ley*, 2015, p. 5.

²⁶ SSTS 25 de abril de 2011; 27 de enero 2014

Las pruebas se practicarán el día del juicio, excepto aquellas que no sean posibles o que por circunstancias de interés convenga realizarlas en otro momento distinto al acto de la vista, como puede ser la audiencia y exploración del menor, como ya explicaremos más adelante en un punto propio en este estudio. En estos procesos especiales la ley otorga un plazo máximo de 30 días en los que el Tribunal deberá ordenar la práctica de dicha prueba (artículo 770.4 LEC), es por ello que el principio de concentración tampoco suele regir en estos procesos especiales.

Este plazo de 30 días previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil nos hace preguntarnos si las diligencias finales dejan de tener sentido en este tipo de procesos o son una especie de diligencias finales pero mejoradas.

Las diligencias finales aparecen preceptuadas en los artículos 435 y 436 de la LEC. En el artículo 435 nos fija las reglas de cuando procede o no la práctica de diligencias finales (no se practicarán las pruebas que hubieren podido proponerse en tiempo y forma, pero sí podrá acordarse la práctica de aquellas admitidas por el tribunal que por causas ajenas a la parte no hubieren podido practicarse, también se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia. Excepcionalmente, el tribunal de oficio podrá acordar aquellas pruebas que estime pertinentes sobre hechos alegados que sean relevantes y no hayan quedado suficientemente probados siempre que existan motivos fundados) y en el artículo 436 establece el plazo para su práctica que es de 20 días.

En contraposición con el trámite de los procesos matrimoniales que otorgan un plazo mayor (10 días más) para las prácticas que no se hayan podido practicar en la vista, además de las pruebas que de oficio el juez estime pertinentes sobre cuestiones de materia no disponible por las partes, sin limitación alguna, más la realización si procede de la exploración de los menores.

En mi opinión se asemeja a la función que realizan las diligencias finales pero con la diferencia que han sido favorecidos por el legislador en este tipo de procesos especiales.

En lo que se refiere al trámite de conclusiones, sobre la valoración de la prueba practicada durante el plazo de 30 días, existe un silencio legislativo, pero como bien señala el abogado MORENO VELASCO, V²⁷ y como se viene realizando en la práctica, el tribunal da traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que puedan formular conclusiones escritas. En realidad lo que se está haciendo es una aplicación analógica del artículo 436 de la LEC que establece para el caso de diligencias finales un trámite de conclusiones, en el que se concede a las partes la posibilidad de presentar un escrito en el que resuman y valoren el resultado de las pruebas practicadas.

²⁷ MORENO VELASCO, V, “Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio” *Diario la Ley*, 2009, p. 5

La SAP Córdoba de 25 abril 2005 contempla: *“en materia de prueba, los procesos matrimoniales presentan ciertas especialidades, con una intervención mayor del principio de prueba adoptada de oficio y, porque en la apreciación de los elementos aptos para obtener la firme convicción del Juzgador, deben seguirse criterios de mayor flexibilidad que los del "onus probandi", habida cuenta de que los hechos base de las pretensiones de los litigantes, consisten habitualmente en acontecimientos que suelen producirse en el ámbito de las relaciones privadas de los cónyuges, razón por la que no suelen trascender a la realidad exterior”*.

Todas las peculiaridades que anteriormente hemos ido mencionando, no serán de aplicación a las materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, donde regirán las reglas generales de la prueba (artículo 752.4 LEC)

En los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el trámite será diferente²⁸, es decir, no seguirá los cauces del juicio verbal. Los cónyuges presentarán la solicitud de disolución del matrimonio de común acuerdo o a instancia de uno con el consentimiento del otro, acompañando como documentos los certificados de la inscripción de matrimonio y la inscripción de nacimiento del hijo o hijos en su caso, así como la propuesta del Convenio Regulador.

Una vez realizado este trámite, el Letrado de la Administración de Justicia citará a las partes para que se ratifiquen por separado.

En el caso de que la documentación aportada fuese insuficiente, el juez o el Letrado de la Administración de Justicia concederá a las partes un plazo de 10 días para su subsanación.

El art 777.4 LEC asigna este plazo además para la práctica de las pruebas que hayan sido propuestas por las partes o por el juez que considere que son necesarias.

Finalmente, cabe concluir que tras la entrada en vigor de la ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce la novedad en los procesos de separación o divorcio consensuales en los que no existan menores que los cónyuges puedan elegir entre una de las dos vías posibles recogidas en los artículos 82 y 87 del Código Civil:

- a. Mediante la presentación de un Convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia, que se tramitará según lo dispuesto en el artículo 777.10 LEC.
- b. O bien mediante escritura pública ante Notario.

²⁸ Véase artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.2. Qué pretensiones se buscan en los procesos de crisis matrimoniales

3.2.1. Separación, divorcio o nulidad

La pretensión principal en los procesos de crisis matrimoniales es la separación o el divorcio que no requieren causa alguna que justifique la decisión (libre voluntad de los cónyuges o de sólo uno de ellos), simplemente se exige un requisito temporal y es que hayan transcurrido 3 meses desde la celebración del matrimonio, salvo que se acredite la existencia de un riesgo para la vida, integridad física, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge o de los hijos, en los que no se exigirá que haya transcurrido este plazo (artículo 81 del Código Civil).

Sin embargo, las pretensiones accesorias como son la patria potestad, la guardia y custodia, la pensión de alimentos, el uso de la vivienda o en su caso la pensión compensatoria sí que van a requerir de mayor actividad probatoria.

En los procesos de crisis matrimoniales donde la pretensión principal es la nulidad, se tiene que probar que a la hora de la celebración del matrimonio ha concurrido alguna de las causas que se contienen en el artículo 73 del Código Civil.

3.2.2. Patria Potestad

La patria potestad es un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor²⁹.

Por lo general la patria potestad se atribuirá a ambos progenitores, y sólo en circunstancias muy excepcionales podrá privársele a un progenitor la patria potestad como por ejemplo cuando incumple de modo reiterado las obligaciones parentales como son los alimentos, o en supuestos de falta de capacidad, e incluso en los supuestos en los que no exista relación paterno-filial o ésta se considere muy conflictiva³⁰.

3.2.3. Guarda y custodia

La atribución de la custodia supone como PINTO ANDRADE, C³¹ dice “*la designación del miembro de la pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos*”, es por ello que las partes deberán probar su capacidad³².

²⁹ STS 10 de febrero de 2012

³⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, “La protección del interés del menor en las situaciones de conflicto entre sus progenitores, titulares de la patria potestad” *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 69 - 73

³¹ PINTO ANDRADE, C, “La custodia compartida” *Bosch*, 2009, p. 38

³² En este sentido, amplía doctrina han aclarado que no deben de confundirse el ejercicio de la patria potestad con la guarda y custodia, como por ejemplo GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, “La protección

Tipos de custodia:

Custodia exclusiva: se designa a un único progenitor para que desempeñe el cuidado diario y directo del hijo menor. Este tipo de custodia se otorga cuando de la prueba practicada el juez llega a la conclusión de que uno de los progenitores no resulta apto para la función de guarda, entonces optará por el modelo de custodia exclusiva con el correlativo régimen de comunicación, más o menos amplio, en función del interés del menor.

Custodia compartida: la SAP de Barcelona sec 12 de 28 de septiembre de 2012 la define como la *"modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras una crisis de relación en la pareja, donde ambos estarán capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y colaboración, con objeto de facilitar a los hijos comunes la forma más frecuente y equitativa para atender a sus necesidades entre ambos de forma justa y proporcional"*.

QUINTANA MARTÍN, V.³³ considera que la custodia compartida se basa en tres directrices generales:

1. derecho de los menores a mantener una relación continuada y equilibrada con los progenitores.
2. deber de responsabilidad por parte de los padres de crianza y educación de los hijos
3. principio de igualdad, en el sentido de que ambos progenitores son capaces para el desempeño de tales funciones.

La modalidad de custodia compartida habrá de ser solicitada o por ambos cónyuges o a instancia de uno de ellos³⁴ para que se pueda establecer (artículo 92 Código Civil).

del interés..., op., cit., p. 23 *No debe confundirse entonces el ejercicio de la patria potestad con la guarda y custodia que puede definirse como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia."*

³³ QUINTANA MARTÍN, V, "Custodia compartida" *La guarda y custodia compartida*, en Revista Jurídica de Canarias nº40 /2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016

³⁴ En lo que respecta a esta afirmación debemos destacar lo que la abogada ROMERO COLOMA, A.M, afirma en su artículo "la guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", para esta autora la redacción del artículo 92. 8 del Código Civil es clara en cuanto no debe de permitirse al juez de oficio decretar la custodia compartida porque son los propios progenitores los que siempre van a atender al bienestar, interés y beneficio de sus hijos. Todo ello en contraposición con otros autores que entienden que no es concebible que el interés del hijo se encuentre supeditado a la voluntad de los padres por considerar que en determinadas situaciones pueden estar motivados por intereses de otro orden, y que es por ello que debería de ser el juez el que asignase la modalidad de custodia que a su criterio y por la prueba practicada estimase la más pertinente. En opinión de la autora antes citada y a la que me adhiero, esto puede suponer que la modalidad que recoja el juez ni si quiera llegue a ser cumplida por las partes por la inviabilidad que supone la medida, puesto que son los propios padres los que más conscientes a la

Debemos de aclarar que este estudio sólo versa sobre el derecho común, pero no debe olvidarse que Comunidades como Cataluña y Aragón tienen su propia legislación en materia de familia en los que la custodia compartida puede ser establecida directamente por el juez sin necesidad de que alguno de los progenitores lo haya solicitado previamente³⁵.

Cuando es solicitada de mutuo acuerdo, deberán recoger los progenitores dicho régimen en el Convenio Regulador que aporten a la demanda. También se podrá atribuir la guarda y custodia compartida si tras el procedimiento contencioso las partes llegaran a un acuerdo.

El acuerdo al que las partes lleguen no será vinculante para el tribunal. El juez siempre vigilará que las medidas que se adopten por parte de los progenitores sean conformes al beneficio e interés de los hijos menores de edad.

El artículo 92.8 del Código civil establecía que también se podría acordar la custodia compartida cuando se solicitase a instancia de una de las partes, pero que era necesario un informe favorable del Ministerio fiscal, este inciso del informe favorable ha sido declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012.

Resumiendo, el informe del Ministerio Fiscal no es vinculante, pues no es misión suya juzgar sino que ésta es una potestad que sólo ostenta el juez (artículo 117.3 CE). El informe del Ministerio Fiscal será simplemente orientativo para el juez.

La SAP de Lleida de 9 diciembre 2015 nos aclara que la custodia compartida no tiene por qué ser mejor que la custodia exclusiva, sino que se otorgará una u otra modalidad atendiendo única y exclusivamente al interés del menor: *“no puede nunca olvidarse que el criterio preferente sigue siendo el interés superior de los hijos, procurándose la implantación de la guarda y custodia compartida cuando resulte beneficiosa para los menores, de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación*

hora de saber si son capaces de llevar a cabo una custodia compartida, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y profesionales.

³⁵ El Artículo 233-10 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia establece en su apartado 2º: *“La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”*.

El artículo 80.2 del decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas dice expresamente que: *“El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente.”*

excepcional frente a la custodia monoparental ni tampoco supone que haya de primar una de ellas frente a la otra, pues es el interés del menor el criterio preferente para determinar cuál de los dos regímenes debe ser aplicado”.

Que los progenitores no se lleven especialmente bien no significa que no se pueda llevar a cabo un régimen de custodia compartida, es deseable pero no imprescindible, por ejemplo la STS de 16 de febrero de 2015, consideró “«razonables» las divergencias entre los padres, y que ese no era motivo para imposibilitar el régimen de guarda y custodia compartida que recalca que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el 'sentimiento de pérdida', no cuestiona la idoneidad de los padres, y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor”.

En el FJ 5º de dicha sentencia señala que: “La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;

- los deseos manifestados por los menores competentes;
- el número de hijos;
- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales;
- el resultado de los informes exigidos legalmente,
- y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea³⁶”

³⁶ STSS 16 de febrero de 2015, 22 de octubre de 2014, 25 de abril de 2014, 29 de abril de 2013 entre otras.

También debemos de hacer referencia a qué es lo que ocurre cuando nos encontramos ante una situación de maltrato³⁷. El artículo 92.7 del Código Civil dice literalmente: “*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*”.

Esta redacción no es la más acertada por el legislador puesto que puede incitar al crecimiento de denuncias falsas sólo por impedir que se atribuya la modalidad de la guarda y custodia compartida, desacreditando así la capacidad del otro progenitor por el simple hecho de “estar incurso en un proceso penal”. Esto resulta contrario a nuestro ordenamiento jurídico puesto que se estaría vulnerado el principio constitucional de presunción de inocencia³⁸.

La STS de la Sala 1ª de 13 de abril de 2016 refleja la crítica anteriormente señalada: “*No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de la circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del C. Civil*”.

Otro caso habitual que podemos ver en la práctica es intentar que se tramite a través de la vía penal puesto que de esta manera se celebra la vista de forma más veloz, como ejemplo de ello vamos a destacar la SAP de Salamanca de 27 de enero de 2016 en la que razona cómo la mujer interpuso denuncia contra su ex marido para tramitar por el juzgado de violencia de género el proceso de divorcio ya iniciado, y de esta forma se celebrase antes el juicio que si se hubiesen seguido los trámites normales (en el proceso civil se había fijado para el día 28 de octubre de 2015, mientras que en el Juzgado de

³⁷ La STS Sala 1ª de 26 de mayo de 2016 establece que: *Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente*”.

³⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso” *Diario La Ley*, 2009, p. 14
ROMERO COLOMA, A. M, “La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica” *Diario La Ley*, 2010, p. 12

Violencia de Género se señaló y celebró el 10 de junio de 2015). En el recurso de apelación lo que pretende la madre es que se le atribuya la guardia y custodia exclusiva. La Audiencia razona que tras el visionado del DVD se ve claramente como las dos partes han llegado a un acuerdo sobre la custodia compartida, y que no da lugar el recurso de apelación interpuesto por la madre alegando que es que no cabe custodia compartida puesto que estamos ante un procedimiento civil seguido en el Juzgado de Violencia de Género. Denuncia que no ha tenido ningún trasfondo. Como bien argumenta la Audiencia Provincial aunque en este tipo de procesos no quepa la figura de la transacción, la manifestación de la voluntad de ambos cónyuges equivale a la figura de un convenio de mutuo acuerdo, además de que fueron perfectamente informados por sus letrados y se mostraron conformes ante el juez y el Ministerio Fiscal. E insiste la sala que: *“para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, si no consta lo contrario. Tiene que haber una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*.

3.2.4. Régimen de visitas

Todo progenitor que no tenga consigo a los hijos menores va a gozar de un derecho de visitas. A su vez, este derecho también lo ostentan los abuelos atendiendo siempre al interés del menor (artículo 94 del Código Civil).

La SAP Valencia sec 10 de 4 de octubre de 2010 explica perfectamente lo que implica este derecho y deber del progenitor no custodio: *Finalmente en cuanto al régimen de visitas debe decirse que el mismo no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad.*

El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro

interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo.

Para el aseguramiento de que se puedan cumplir los régimen de visitas se han creado Puntos de Encuentro Familiar (PEF) en las diferentes Comunidades Autónomas, y éstos se definen *como servicios especializados de apoyo a las familias, de responsabilidad pública y de titularidad y gestión tanto pública como privada, en los que se presta atención profesional gratuita para facilitar que los y las menores puedan mantener relaciones con sus familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso. Los Puntos de Encuentro Familiar intervendrán cuando sea el único medio posible para facilitar las relaciones entre la familia y el o la menor y tras haber agotado otras vías de solución, considerando en todo caso la responsabilidad parental de las personas progenitoras respecto de sus hijos o hijas. Su actividad irá dirigida a la eliminación de las circunstancias que motivaron la necesidad de utilización del recurso, así lo dispone el artículo 2 decreto 11/2010, de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento.*

Para poder acceder a estos centros, es necesario que se recoja en una sentencia judicial esta medida, y por lo general se establecerá cuando:

- a. Exista una alta conflictividad, dificultades para llegar a acuerdos con respecto a la atención de los hijos e hijas tras la separación o divorcio.
- b. Dificultades en el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la resolución judicial.
- c. Situaciones familiares en la que se ha interrumpido la convivencia con una de las personas progenitoras y se requiere orientación técnica para retomar los contactos.

- d. Familias cuyas circunstancias de salud, personales o sociales hagan necesaria la supervisión profesional de los encuentros.
- e. Oposición o fuerte rechazo de una de las personas progenitoras para que el o la menor mantenga contacto o relación con la otra.
- f. Oposición o fuerte rechazo del o la menor a una de las personas progenitoras.
- g. Necesidad de un lugar adecuado para llevar a cabo el régimen de visitas por inadecuación de la vivienda o residencia en otro municipio.
- h. Posible situación de riesgo para el o la menor o para alguno de sus progenitores.
- i. Existencia de violencia hacia una de las partes o familias afectadas por las medidas civiles establecidas en órdenes de protección.

Además como señala IGLESIA MONJE, M. I.³⁹ sirven de elemento de preconstitución de prueba en caso de incumplimientos reiterados del régimen de visitas por parte del progenitor custodio.

3.2.5. Pensión de alimentos

El artículo 110 del Código Civil contiene la obligación del padre y de la madre de velar por los hijos menores y prestarles alimentos a pesar de que no ostenten la patria potestad. Asimismo esta obligación también la recoge el artículo 154 del Código Civil que consagra el deber de los progenitores de alimentar y educar a sus hijos menores. Todo ello encuentra su razón de ser en la Constitución Española, así el artículo 39.3 de establece que: "*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*".

La STS sala 1ª de 10 de julio de 2015: El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC.

³⁹ IGLESIA MONJE, M. I. "Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (Su evolución en los Tribunales de Justicia)", *Diario La Ley*, 2014

3.2.6. Uso de la vivienda familiar

En lo que se refiere al uso de la vivienda familiar, la regla general es que a falta de acuerdo entre las partes, 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 (artículo 96 Código Civil). Es por ello que se busca proteger los intereses de los menores, pero no sólo el interés de los menores, sino que también se protegerán los intereses de los mayores incapacitados⁴⁰.

La STS Sala 1ª de 16 junio 2014 expone 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. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, 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, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.*

En el supuesto de que se conceda la custodia compartida caben diferentes posibilidades en cuanto a la atribución del uso de la vivienda:

- 1) Que las partes lleguen a un acuerdo
- 2) En defecto de acuerdo habrá que atender al interés más necesitado de protección⁴¹, es decir, a la parte que quede más desprotegida. Se atenderá al número de hijos, al patrimonio, las expectativas laborales... si no queda acreditado que una de las dos partes resulta más desprotegida, el uso de la vivienda se otorgará al propietario. En el caso de que ambos sean copropietarios, también se sigue el criterio de atender al progenitor más necesitado de protección, aunque su uso sea temporal⁴². Si no queda acreditado cual de los dos está más desprotegido, se procederá a la liquidación de sociedad de gananciales, siempre concediendo un tiempo prudencial para la búsqueda de nueva vivienda⁴³.

⁴⁰ En este sentido la STS Sala 1ª de 30 de mayo de 2012 afirma que: *“Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.”*

⁴¹ STS Sala 1ª de 24 octubre 2014

⁴² SAP Salamanca de 18 julio 2016, SAP León de 6 octubre 2015

⁴³ STS Sala 1ª de 17 noviembre 2015

En este sentido la SAP Tarragona de 20 junio 2016 establece que: *“atendiendo a que el padre ya tiene establecida vivienda en otro lugar y su intención no es usarla sino extinguir el condominio se estima conveniente en interés de los hijos, mantener en el uso de la vivienda a la madre y a los hijos durante mientras estos se encuentren bajo la guarda de la misma, así como por la mayor necesidad que esta presenta al carecer de de vivienda alternativa”*.

En el caso de que no existan hijos del matrimonio, el artículo 96 del Código Civil recoge la posibilidad de que el cónyuge no propietario de la vivienda pueda disfrutar de ésta siempre que las circunstancias lo aconsejen y su interés sea el más necesitado de protección. Eso sí, hemos de indicar que para que pueda disponer de la vivienda el cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

La STS Sala 1ª de 14 de enero de 2010 con base a la ubicación que tiene artículo 96.1 en el Código Civil y teniendo en cuenta los intereses a los que atiende su contenido, afirma que: *“el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008”*).

3.2.7. Pensión compensatoria

La **pensión compensatoria**⁴⁴ la encontramos regulada en el artículo 97 del Código Civil.

Como bien nos ilustra el magistrado PÉREZ MARTÍN, A. J⁴⁵ si no existe renuncia previa a la pensión compensatoria, el siguiente paso es comprobar la existencia de un desequilibrio económico, pero éste no se obtiene de la simple comparación de la capacidad económica de los cónyuges sino de diversas circunstancias como la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el

⁴⁴ SAP de Barcelona sec 12 de 31 de marzo de 2016, STS Sala 1ª de 4 diciembre 2012, SAP Madrid sec 24 de 9 febrero 2006

⁴⁵ PÉREZ MARTÍN, A.J, “Enfoque actual de la pensión compensatoria” *Boletín Derecho de Familia*, 2011.

régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio.

El propio artículo 97 del Código Civil establece unos criterios que se deberán de tener en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la pensión:

- Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- La edad y el estado de salud.
- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- La dedicación pasada y futura a la familia
- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

3.3. Medios de prueba

Al igual que en la mayoría de procesos civiles, los medios de prueba de los que nos podemos valer son los contenidos en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- interrogatorio de las partes
- documentos públicos y privados
- dictamen de peritos
- reconocimiento judicial
- interrogatorio de testigos

Depende de lo que queramos probar haremos uso de uno u otro, pero la prueba que más trascendencia va a tener en los procesos de crisis matrimoniales es la prueba pericial para el establecimiento de las diversas medidas personales y económicas que van a regir el devenir de la familia.

Al igual que en los demás procedimientos civiles el juez aplicará las mismas reglas de pertinencia y utilidad de las pruebas, pudiendo inadmitir aquellas que no guarden relación con el objeto del proceso, las que en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, así como las que no estén permitidas por la ley (artículo 283

LEC). El juez resolverá en el mismo acto de la vista y contra dicha resolución sólo cabrá recurso de reposición, que deberá de resolverse en el mismo acto⁴⁶. En el caso de que se desestime únicamente las partes podrán formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en segunda instancia (artículo 446 LEC).

En el caso de que el juez inadmita pruebas que las partes consideren de trascendental valor probatorio, podrán recurrir en apelación alegando que se les ha generado indefensión, vulnerándose el artículo 24.2 CE, así por ejemplo el AAP de Salamanca de 12 de abril de 2016 recoge la doctrina seguida por el Tribunal Supremo donde se reconoce el derecho al ejercicio de la prueba. Para ello expone que la parte legitimada tiene que haberla solicitado en la forma y momento legalmente establecido, y además éste medio de prueba debe estar autorizado por el ordenamiento. Asimismo, el recurrente será el que deba demostrar la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, es decir, que la prueba no admitida era decisiva en la resolución del pleito.

En resumen, como señala el auto anteriormente señalado deben de concurrir 2 requisitos: “1º.- *La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial por haber inadmitido pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable; y 2º.- La prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, lo que habrá de justificar el interesado.*”

En el caso de que el tribunal “*ad quem*” considere que las pruebas han sido denegadas indebidamente, privando a las partes de la doble instancia a la que tienen derecho, declarará la nulidad de las actuaciones y ordenará que se celebre de nuevo la vista oral con la práctica de las pruebas declaradas pertinentes por el tribunal superior jerárquico.

3.3.1. El interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados

Como especialidad en este tipo de procesos, el juez no va a estar vinculado a las reglas de fuerza probatoria que se disponen para el resto de procesos civiles en lo que se refiere al interrogatorio de las partes, documentos públicos y documentos privados (artículo 752.2 LEC), es decir, rige el principio de libre valoración de la prueba, pero éste no se extenderá a las cuestiones de naturaleza disponible en las que el juez deberá aplicar las reglas generales de valoración de la prueba (artículo 752.4 LEC)

En cuanto al interrogatorio, en el supuesto de que una de las partes no asistiese al acto de la vista, que según el trámite del juicio verbal se aplicaría la regla del art 440 LEC en el caso de que los litigantes no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a los dispuesto en el artículo 304 LEC, es decir, lo que se denomina la ficta confessio, sin

⁴⁶ LACALLE SERER, E y SANMARTÍN ESCRICHE, F, “Protocolo sobre la prueba...”, op., cit., p. 145

embargo, en los procesos matrimoniales no se sigue este criterio que como bien explica ÁLVAREZ ALARCÓN, A⁴⁷ se justifica porque:

- en este tipo de procedimientos las partes ya han tenido la oportunidad de alegar todo lo que les interesa en los hechos de la correspondiente demanda y contestación a la demanda
- y porque la presencia de intereses superiores a los privados de los litigantes permiten que el juez pueda acordar de oficio el interrogatorio de parte, y éste no podría satisfacerse si las partes no comparecen.

No obstante, en todo lo que se refiera a medidas definitivas de carácter patrimonial, si la parte no comparece sin justa causa podrán ser considerados admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar las peticiones que afecten a esas medidas de carácter patrimonial (artículo 770.3 LEC)

También cabe señalar que en estos procedimientos como estamos en presencia de intereses superiores a los de las partes litigantes, el juez de oficio podrá acordar el interrogatorio de parte.

En cuanto a la prueba documental, ésta deberá aportarse junto con la demanda y la contestación a la demanda, salvo en los casos excepcionales contemplados en el artículo 270 de la LEC. No obstante, si es prueba que afecta a materia de orden público, será admitida por el juzgador con independencia del momento en el que se hubiese introducido en el proceso (art 752 LEC)

En estos procesos será obligatorio proporcionar al tribunal la certificación de la inscripción de matrimonio en el Registro Civil, así como el certificado literal de la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, si es que los hay (artículo 770.1 LEC). En los procedimientos consensuales será necesario aportar el Convenio Regulador (artículo 777 LEC).

¿Qué documental más se debe aportar? Dependiendo de lo que solicitemos será necesaria diferente documental, por ejemplo en el caso de que se solicite una pensión de alimentos a favor del menor, será la parte que lo solicite la que tenga la carga probar la situación económica de los progenitores y, en su caso, de los hijos, es decir, deberá acreditar su situación económica y las necesidades del hijo para fija la pensión de alimentos⁴⁸, para ello podrá aportar:

- declaraciones tributarias
- nóminas

⁴⁷ ÁLVAREZ ALARCON, A, “Procedimiento contencioso de crisis matrimonial”, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Tirant Lo Blanch, p.507-598, 2016

⁴⁸ PLANES MORENO, M. D., “Medios de prueba” *Los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2009, p. 450

- certificaciones bancarias
- títulos de propiedad o certificaciones registrales
- facturas de clases de apoyo
- factura escolarización
- factura de libros

En el caso de querer demostrar la capacidad del cónyuge para el cuidado del menor como prueba documental pueden resultar interesantes justificantes del médico que reflejen quien es el que lleva al niño al médico o al colegio, en el caso de que trabaje un escrito de la empresa que refleje que alguna vez ha tenido que salir antes del trabajo para recoger a los niños o en el que se disponga que tiene flexibilidad en el horario para atender a los hijos. También el progenitor que no vaya a quedarse con el uso de la vivienda familiar tendrá que demostrar que en el hogar donde vaya a vivir tiene un espacio habilitado para los hijos, en este sentido si ya existe vivienda la aportación de fotos.

Es importante probar la capacidad del cónyuge para el cuidado del menor, puesto que el juzgador lo valorará de forma profunda para asegurarse de la protección del interés del menor, así por ejemplo la STS de 15 de octubre de 2014 otorga la custodia exclusiva a la madre por ser la que se dedicó prácticamente en exclusiva del cuidado de sus hijos, dejó de trabajar para su cuidado y atención, se probó la menor disponibilidad de tiempo del padre para la atención de los hijos...

3.3.2. Dictamen pericial

Otra particularidad que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la posibilidad que tiene el tribunal, de poder designar de oficio a un perito en los procesos matrimoniales (artículo 339.5 LEC).

¿Qué fuerza probatoria tienen los dictámenes periciales? La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1981 manifiesta que «la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia».

El juez deberá valorar la prueba pericial de acuerdo con las reglas generales, es decir, según las reglas de la sana crítica (artículo 348 CC), por tanto a través de la lógica y el buen sentido, tal y como ha puesto de relieve por ejemplo la SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 diciembre 2009: *“En cuanto a la valoración de los informes de expertos, del artículo 348 LEC resulta que: "El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", es decir, la lógica y el buen sentido. Pero, además, ello conlleva, conforme a posición jurisprudencial aceptada que, la libre apreciación para el Juez supone que no es vinculante el informe del perito para la resolución de la controversia judicial, ya que en otro caso el perito se convertiría en el "juez del hecho",*

y, al tratarse de un medio de prueba a valorar por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, como tal medio de prueba no supone menoscabo de la función de decisión -indelegable- de los tribunales”.

La prueba pericial resulta de gran relevancia, por ejemplo a la hora de atribuir la custodia a los progenitores, en el caso de que uno de ellos sufra enfermedades mentales, alcoholismo, toxicomanía, se podrá pedir por parte del otro progenitor una pericial médica que afirme ese estado perjudicial y pueda ser valorado por el juez como punto negativo a la hora de atribuir el régimen de guarda y custodia, e incluso en lo referente al derecho de visitas puede verse reducido e incluso suspendido por el peligro al que puede exponerse al menor.

También como apunta GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.⁴⁹ puede ser interesante en el ámbito patrimonial pedir una pericial de un auditor, contable economista o profesor mercantil, que determine el verdadero estado económico de la familia o de uno de los cónyuges que tenga un entramado financiero complejo.

3.3.2.1. El dictamen psicosocial

A partir de la Ley del divorcio de 1981 se introdujo en el Código Civil el dictamen de especialistas como medida de apoyo para el juzgador con el fin de que éste pudiera tomar la solución más adecuada con base en el interés del menor en lo relativo al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia, así lo recoge actualmente el artículo 92.9 del Código Civil: *“El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.*

El dictamen psicosocial no es preceptivo, pero de cara a la fundamentación de qué es lo mejor para el menor resulta de mucha utilidad para el juez. El juez en caso de que adopte como régimen de guarda, la custodia compartida, deberá motivar en la sentencia por qué cree que es lo más conveniente para el menor, y si cuenta con un dictamen específico que evalúa la personalidad de cada miembro de la familia y las relaciones entre éstos, elaborado además desde un punto de vista objetivo apuntando recomendaciones sobre cuáles son las medidas más adecuadas para ese menor en ese caso concreto, lo lógico es que haga uso de éste, es por ello que éste dictamen tiene mucha relevancia en el ámbito probatorio de los procesos de crisis matrimoniales.

Por ejemplo en la SAP de Valencia sec 10 4 de octubre de 2007 podemos ver como el juez hace uso de este instrumento: *“En el caso de autos, es evidente el acierto del Juzgador de instancia al atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre a la vista del contundente informe pericial que ninguna duda deja acerca de la conveniencia para*

⁴⁹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Medios de prueba” Los procesos de familia: una visión judicial, Colex, Madrid, 2009, p. 463

la menor de que la misma se halle bajo la guarda y custodia de la madre, por cuanto, según dicho informe, no desvirtuado, es la madre quien se halla en mejores condiciones para atender y cuidar a su hija, por cuya razón, necesariamente, ha de mantenerse en este punto la resolución recurrida, toda vez que, sin desconocer que ambos padres se hallan plenamente capacitados para la guarda y custodia de su hija, no es menos cierto que, necesariamente, sólo uno va a poder tener tal guarda-aunque ambos la deseen-planteándose entonces la necesidad de tener que decidir quien de ellos va a poder ejercerla de modo más beneficioso para la hija, y para ello habrá que atender a pruebas objetivas, sobretodo, el informe pericial, que es lo que, acertadamente hizo el Juzgador de instancia y asimismo ha hecho la Sala”.

¿Se puede considerar que el informe psicosocial es un medio de prueba más?

Este ha sido un tema muy controvertido por parte de la doctrina, pues esta prueba no sigue las reglas generales que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la forma de proponer y de designar a los especialistas es diferente.

- Primero, no se notifica a las partes cual ha sido el perito designado.
- Segundo, no sigue el procedimiento de designación que establece el artículo 341 del Código Civil.
- Tercero, no cabe la recusación del perito.

Además no se exige que los profesionales que han elaborado el informe se ratifiquen, simplemente se dará traslado a las partes para que formulen las oportunas alegaciones.

Finalmente se puede concluir que sí estamos ante un medio de prueba y además éste suele ser determinante, como señala CUENCA ALCÁINE, B⁵⁰ “estamos en presencia de una prueba pericial ya que se trata de valorar hechos o circunstancias relevantes a un concreto asunto y adquirir certeza sobre los mismo, para lo cual son necesarios conocimientos científicos o prácticos”⁵¹. Este medio de prueba podrá ser solicitado por cualquiera de los padres o incluso por el juez, siendo éste el que tiene la facultad de acordar su intervención o no.

También nos parece adecuado hacer hincapié a las numerosas críticas que existen en torno a la situación “especial” de este equipo, puesto que fueron creados al margen de regulación legal.

⁵⁰ CUENCA ALCÁINE, B, “los dictámenes psicosociales en los procesos de familia” *aa-divorcios.com*, 2014

⁵¹ En este mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “Medios de prueba..., op., cit., p. 473, “Por su contenido y valor en el proceso, el dictamen de especialistas, principalmente el dictamen psicológico, constituye una auténtica prueba pericial ya que aporta al tribunal una serie de conocimientos científicos y técnicos necesarios para valorar hechos o circunstancias personales de los litigantes o de sus hijos de indudable relevancia para resolver sobre algunas de las pretensiones deducidas en el proceso”.

Los equipos psicosociales suelen estar formados por un psicólogo y un trabajador social. Se trata de personal contratado al servicio de la Administración de Justicia autonómica. Como curiosidad cabe señalar que los psicólogos no suelen estar inscritos en su colegio profesional para evitar que puedan ser sancionados por posibles infracciones deontológicas⁵².

Actualmente el hecho de que no exista un protocolo de actuación unificado para todos los trabajadores del equipo psicosocial en España, hace que sea muy criticado por parte de los letrados debido a la arbitrariedad de los métodos que se utilizan de cara a favorecer más a la madre o al padre dependiendo en que Comunidad Autónoma nos encontremos.

De la misma forma que opina CUENCA ALCAINE, B⁵³ considero que sería necesario, que éstos profesionales deberían entregar toda la documentación necesaria que han utilizado para elaborar el informe, ya que no existe ningún protocolo oficial y que ni siquiera se extiende un acta del resultado de las entrevistas, ni éstas se graban, así como tampoco se entregan copias de los test realizados, ello deja en absoluta indefensión a las partes de poder alegar cualquier clase de error que hayan podido tener estos técnicos, a la vez que no cabe una valoración contradictoria a posteriori con otros peritos.

Otro error que suele producirse en las localidades pequeñas, es que un mismo equipo psicosocial dictamine sobre la misma familia más de una vez, corriendo el riesgo de que las opiniones del perito estén ya contaminadas y sus recomendaciones o conclusiones vayan encaminadas en el mismo sentido cuando les reconoció la anterior ocasión.

Asimismo, estos informes no tienen la consideración de actos administrativos y por ello no pueden ser impugnados por la vía contencioso-administrativa. No pueden considerarse documentos administrativos porque no proceden de un órgano administrativo, además de que su elaboración no está sujeta a normas de derecho administrativo.

Por último señalar que también cabe la aportación de dictámenes psicológicos privados, sólo que éstos van a tener menor valor probatorio que los del equipo psicosocial del juzgado por considerar que pueden ser menos imparciales⁵⁴.

3.3.3. Testifical

En lo que se refiere a la prueba testifical en los procesos de crisis matrimoniales rigen las reglas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 360 a 381), es decir, no existe diferencia alguna con el resto de procedimientos civiles.

⁵² CUENCA ALCAINE, B, “los dictámenes psicosociales...”, op., cit.

⁵³ CUENCA ALCAINE, B, “los dictámenes psicosociales...”, op., cit.

⁵⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “Medios de prueba...”, op., cit., p. 477

La ley señala que las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio (artículo 360 LEC).

¿Resulta útil la prueba testifical de familiares? Habrá en determinadas circunstancias que sí que sea necesario por no existir otro medio de acreditar un hecho, pero en mi opinión dado el grado de parentesco existente con las partes en el proceso, estas personas son subjetivas y no objetivas como sería lo idóneo. Es por ello, que el juez a la hora de valorar esta prueba no le va a dar tanto peso como se lo va a dar al resto de pruebas practicadas como puede ser la prueba pericial.

Puede resultar útil como manifiesta GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.⁵⁵ cuando se quiere probar un hecho patrimonial como puede ser la situación económica de un cónyuge para así poder calcular la pensión de alimentos que se va a derivar de la separación, divorcio o nulidad, eso sí, resultará útil si ese testigo no tiene parentesco alguno con la parte que solicita su intervención y siempre que se trate de un testigo directo, y no exista otro medio más fiable para acreditar los hechos.

Podemos concluir que en los procesos matrimoniales la práctica de esta prueba es escasa, ya que como hemos dicho anteriormente la objetividad e imparcialidad que rige en este tipo de prueba en materia de familia es muy dudosa, y es por ello que los jueces suelen denegarla.

4. La audiencia y exploración del menor

La exploración del menor es *“un acto en el que la autoridad judicial en el curso de un proceso oye a un menor para que el mismo exponga, reclame o solicite lo que le interese en relación con la adopción de una decisión que ha de afectarle, resaltando el papel activo que toma el menor en la diligencia.”*⁵⁶

El objeto de la audiencia, como sostiene ZAERA NAVARRATE, J.I.⁵⁷ es: *“que el menor exprese su opinión, su sentir sobre los temas que le afecten y sean objeto del proceso judicial, por lo que deberá realizarse sin que se le produzca daño alguno”*.

⁵⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Medios de prueba..., op., cit., p. 518

⁵⁶ ARANGÜENA FANEGO, C, “La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales”

⁵⁷ ZAERA NAVARRATE, J.I., “La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, p.805

4.1. Naturaleza jurídica

En primer lugar debemos determinar cuál es la naturaleza de la audiencia y exploración del menor, como dice GARCÍA GARCÍA, N⁵⁸ hay dos posturas en este sentido:

- 1) considerarlo como medio de prueba o
- 2) como una actuación judicial a través de la cual el menor ejercita un derecho.

El jurista MORENO, V⁵⁹ por ejemplo opina que nada impide que la exploración del menor pueda ser entendida como un medio de prueba, porque aunque no esté expresamente recogido en el artículo 299 LEC, la lista que establece este artículo no es una lista cerrada, disponiendo en el párrafo tercero que serán válidos otros medios de prueba cuando de su práctica pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes. Además continúa explicando que aunque ésta no se practique en el acto de la vista, no es inconveniente alguno, pues otros medios de prueba se practican en los 30 días siguientes a la vista y no por ello dejan de ser pruebas.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina se inclina a favor de que estamos ante una diligencia judicial, porque no tiene relación con los medios de prueba propuestos con el artículo 299 LEC y a mayores, no rigen los principios de contradicción y publicidad que han de regir en todo medio de prueba. En este sentido las conclusiones del seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del derecho de familia, en el apartado de propuestas de conclusiones sobre la exploración de menores, celebrado en el CGPJ, del 17 a 19 de febrero de 2010, propone que: “*La exploración judicial de un menor en el ámbito del proceso civil ha de ser considerada una diligencia judicial a través de la cual el menor ejerce su derecho a ser oído antes que un medio de prueba en el procedimiento del que se trate*”.

4.2. Obligatoriedad de la exploración del menor

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 manifiesta en su artículo 12 que los Estados Partes garantizarán al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de éste, en función de la edad y madurez del infante. En particular, se establece que en todo procedimiento judicial que pueda afectar al menor, éste tendrá la oportunidad de ser escuchado.

⁵⁸ GARCÍA GARCÍA, N, “Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación” *Editorial Jurídica Sepín*, 2013

⁵⁹ MORENO, V, “La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio: El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *La Ley*, 2010

La consideración anterior se pone de manifiesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en su artículo 9 recoge el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Hasta la publicación de la ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se desprendía que la audiencia del menor era preceptiva. Sin embargo actualmente podemos afirmar que no es una obligación.

Centrando el estudio en los procesos matrimoniales, nos remitimos al artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en donde se contiene la posibilidad de que en los procedimientos contenciosos pueda pedirse el ejercicio de la audiencia del menor.

Podrá ser solicitado por:

- el propio juez de oficio
- por cualquiera de los progenitores
- por el Ministerio Fiscal
- por alguno de los miembros del equipo técnico judicial
- por parte del propio menor

Y éste deberá admitirse cuando se considere necesario, y siempre que el menor tenga suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. Hay que recalcar que el derecho a ser escuchado es renunciable, puesto que para el niño expresar sus opiniones es una opción y no una obligación⁶⁰.

Asimismo, el artículo 92.2 del Código Civil también refleja el derecho del menor a ser oído cuando el juez deba de adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores.

El ejercicio de este derecho no es obligatorio en los procesos contenciosos de crisis matrimoniales, en este sentido podemos destacar la STC Sala 2ª 163/2009, de 29 de junio, en el que la madre interpone demanda de amparo actuando en su nombre y en el de su hijo menor de edad por entender que se han lesionado los derechos a la dignidad (artículo 10 CE), a la integridad moral (artículo 15 CE) y a la tutela judicial efectiva

⁶⁰ BECERRIL, S. (Defensor del Pueblo), *La escucha y el interés superior del menor*, MIC, Madrid, 2014, p.14

(artículo 24.1 CE) del menor porque tanto el juzgado de Primera instancia y la Audiencia Provincial de Valladolid denegaron la audiencia del menor.

La progenitora considera que este derecho es obligatorio siempre incluso sin que éste haya sido solicitado por ninguna de las partes, haciendo mención de los artículos 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y de los artículos 92.6 y 159 del Código civil.

En este supuesto, el menor contaba con la edad de 11 años y en opinión de la madre con juicio suficiente para ser oído. Y señala que éste ha mostrado su negativa al régimen de visitas establecido a favor de su padre.

Ante esta consideración la sala se pronuncia alegando que ya la Audiencia Provincial era concedora de tal manifestación puesto que el menor ya lo puso en conocimiento al equipo psicosocial, y por ende ya no era necesario realizar el trámite de la audiencia al menor. De esta forma, se remite a la STC 71/2004, de 19 de abril poniendo en conocimiento un extracto de esa sentencia: *“la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo... sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable. Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores, y sin que el interés (del) menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios ex art. 117.4 CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho” (STC22/2008, de 31 de enero, FJ 8 EDJ 2008/5746).*

Es por ello que finaliza diciendo que en este caso nada permite determinar ni el daño ni el peligro potencial para la integridad moral del menor, además porque en la Sentencia se prevé que la comunicación con el padre tendrá lugar en un punto de encuentro, bajo la vigilancia y observación de profesionales y con posibilidad de revisión de la medida en el supuesto de peligro y daño efectivo en el menor.

Por otro lado, en los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo también se reconoce el derecho del menor a ser oído, así el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.*

De la misma forma que en los procedimientos contenciosos el ejercicio de este derecho no es obligatorio, puesto que si no resulta necesario por poder perjudicar al menor no hace falta hacer uso de él. Así la SAP Valladolid de 24 mayo 2006 se pronuncia en este sentido. El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación solicitando la nulidad de la sentencia porque no se ha dado audiencia al menor de 13 años. El Ministerio Público considera que se han infringido los artículos 9. 1 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reconoce este derecho. Ante este escrito, los progenitores presentan escrito de oposición alegando como ya se manifestaron anteriormente que era innecesario dar audiencia a su hijo menor porque ya la simple ruptura del matrimonio no le estaba resultando fácil para su hijo como para encima tener que hacerle pasar por sede judicial.

Asimismo, esta Sala señala que *“el derecho a conocer el parecer de los menores se puede ejercitar, como permite el art. 9. 2 párrafo segundo, a través de sus representantes legales siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, si no es posible o no conviene al interés del menor ser oído directamente”*. Y es que además son los padres los que mejor conocimiento tienen de los intereses de sus hijos y de lo que es mejor para ellos.

El Ministerio Fiscal ante esta situación proclama el riesgo que tiene esta afirmación que como se refleja en la sentencia *“podría abrir las puertas a un posible automatismo de denegación judicial del derecho del menor a ser oído, cuando los padres manifestasen que los menores están de acuerdo con lo convenido”*.

Sin embargo la Sala considera que ***“el riesgo de ese automatismo lo salva el art. 9 obligando al Juez a motivar su decisión, obligación de razonar y argumentar que también se deriva de los términos en que se han redactado los arts. 92. 6 y 777. 5, cuando señalan que el Juez oirá a los menores cuando lo considere necesario, consideración que sin duda significa deber de razonar. Le otorga por tanto al Juez una facultad discrecional que, para que no se convierta en arbitraria, debe de venir adornada de la oportuna motivación para que las partes puedan contrastar su decisión.***

El Juzgador además puede efectuar el control de la existencia o no de intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes legales mediante la supervisión de los términos del convenio y cuando observe algún pacto que considere perjudicial o inhabitual de lo que suelen ser los comunes y ordinarios en esta clase de procesos, bien de oficio o mediante advertencia del Ministerio Fiscal o de los demás intervinientes que mencionan los preceptos analizados proceder a cumplimentar el trámite de audiencia en protección y garantía de los intereses superiores del menor.

Precisamente el Ministerio Fiscal razona que el derecho de los menores a ser oídos es manifestación de su derecho a ser protegidos. Pues bien la audiencia puede cumplirse a través de los padres representantes legales, como permite el art. 9. 2 párrafo segundo, cuando no se advierta enfrentamiento con los padres (no hay intereses de los padres contrapuestos a los del menor) o no haya necesidad de proteger al menor porque del

examen de las cláusulas del convenio que les afectan no se advierte ningún riesgo o peligro para los menores”.

En virtud de estos razonamientos falla desestimando el recurso por considerar que no se ha infringido derecho alguno al menor, sino todo lo contrario, que se ha actuado en beneficio de él procurándole no ocasionarle ningún disturbio, máxime cuando estamos ante una separación de mutuo acuerdo y en el que en el Convenio Regulator no se aprecia por parte del juzgador ninguna medida contraria a los intereses del menor.

4.3. Modo de practicar la audiencia del menor

¿Quiénes pueden estar presentes en la exploración?

En la audiencia del menor estarán presentes:

- 1) el juez, que será el que realice la entrevista al menor.
- 2) el Letrado de la Administración de Justicia, que será el que levante el acta de la audiencia.
- 3) el Ministerio Fiscal defendiendo el interés del menor⁶¹
- 4) Excepcionalmente podrá estar presente algún especialista en la materia como lo puede ser un psicólogo.

Aunque la ley no mencione que deba estar presente el Letrado de la Administración de Justicia, como aboga ARANGÜENA FANEGO, C⁶² éste deberá estar presente en la audiencia, pues su función primordial es el ejercicio de la fe pública judicial, y tiene el

⁶¹ La STC 17/2006 de 30 de enero, razona por qué el Ministerio Fiscal ha de estar presente en la exploración del menor. Este caso trataba sobre un proceso matrimonial que afectaba a la esfera personal y familiar de dos menores, las cuales fueron oídas por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho que recoge el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La Audiencia Provincial acordó mediante Auto la exploración de las menores para conocer su opinión sobre la conveniencia de atribuir su guarda y custodia a uno u otro de los progenitores. La exploración se hizo a puerta cerrada y en presencia exclusivamente de los miembros del Tribunal, no permitiéndose la presencia e intervención del representante del Ministerio Fiscal, lo que motivó que éste presentara escrito ante el Tribunal alegando lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por habersele denegado su intervención en la exploración de las menores y solicitando la nulidad de dicha diligencia para que se practicase de nuevo con su presencia e intervención en la misma.

Esta sala finaliza diciendo que: *“No basta, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias. En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas”.*

⁶² ARANGÜENA FANEGO, C, “La oralidad..., op., cit.,

deber de dejar constancia de la realización de los distintos actos procesales que se deriven mediante las oportunas actas y diligencias (artículo 453.1 LOPJ).

Se considera que los progenitores, abogados y procuradores no deben estar presentes; quien opina que estamos ante un reconocimiento judicial lo fundamenta con base al artículo 355 LEC porque otorga la posibilidad al juez de que excluya la intervención de las partes cuando pueda perjudicar el buen fin de la diligencia⁶³. De todas las maneras, la presencia de tantas personas supone un estrés innecesario para el menor, pudiendo alterar el sentido de las manifestaciones del menor por miedo a enfrentar a sus padres.

Cómo y dónde se desarrolla la exploración

El artículo 9 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia dispone que *“En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento”*. Y en relación a este precepto el artículo 770.4 LEC expone que: *“En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”*.

En relación con los dos preceptos anteriormente señalados podemos extraer las siguientes notas en cuanto a la práctica de la audiencia de los menores:

Primero hemos de resaltar que ésta se va a realizar a puerta cerrada, protegiendo la intimidad del menor.

En segundo lugar, antes de realizar la oportuna entrevista, se debe otorgar al menor toda la **información** necesaria, es decir, habrá que informarle de sus derechos en un lenguaje claro y comprensible atendiendo a la edad de éste y además deberá recibir información sobre cuál es el objetivo de su escucha y cuáles son las posibles consecuencias de las decisiones que puedan tomarse.

⁶³ ZAERA NAVARRATE, J.I, “La audiencia..., op., cit., p. 806

La Observación nº 12 del Comité de los derechos del niño⁶⁴ es clara en lo que a esta materia respecta: *“Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto”*.

La audiencia se hará en forma de **entrevista** y no de interrogatorio. Se debe intentar por parte del juez evitar todo tipo de preguntas directas que puedan poner al menor en una situación tensa, creándole un sentimiento de culpabilidad. Se tratará de que el infante narre su situación en forma de historieta, intentando por parte del juez y del fiscal interrumpirle lo menos posible.

El **lugar** donde se realice la exploración tiene que ser un lugar cómodo, que inspire tranquilidad y confianza al menor para que éste pueda ser lo más espontáneo posible. Normalmente se viene practicando en el despacho del juez. También cabe destacar que es conveniente que los presentes no se encuentren vestidos con la toga, pues la situación puede intimidar al menor.

El **lenguaje** que se va a utilizar debe ser sencillo y comprensible atendiendo la edad del menor.

Finalmente señalar que el menor tendrá derecho a conocer las decisiones que se hayan tomado al final del proceso, así la Observación nº 12 del Comité de los derechos del niño señala que: *Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia*⁶⁵.

⁶⁴ Compilación de las Observaciones generales del Comité de los derechos del niño de las naciones unidas 2001-2009 Observación general nº 12 (2009) el derecho del niño a ser escuchado, realizada por el Observatorio de la Infancia y Adolescencia del Principado de Asturias, el Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familias y Adolescencia, la Consejería de Bienestar Social y Vivienda y el Gobierno del Principado de Asturias, 2011 p. 283

⁶⁵ Compilación de las Observaciones generales del Comité de los derechos del niño de las naciones unidas 2001-2009 Observación general nº 12 (2009) el derecho del niño a ser escuchado, realizada por el

4.4. Cuándo se ejercita este derecho

El artículo 9 de la Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en su apartado 2 expone que: *“Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”*.

Pese a lo expuesto anteriormente, no estamos ante un derecho incondicionado, esto quiere decir que cuando no sea posible o no sea conveniente para el menor, la ley permite conocer la opinión del menor a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente (art 9.3 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

Se deberá realizar cuando sea el propio menor el que desee ser escuchado, o cuando el juez lo estime necesario por no tener un conocimiento exacto de la opinión del menor y ésta resulte relevante, o cuando el Ministerio Fiscal, las partes litigantes o el equipo técnico lo soliciten, pero siempre que exista una causa justificada para su solicitud.

Denegación de la audiencia y exploración del menor

EL artículo 9 Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia dispone: *“Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”*.

El Tribunal Supremo entiende que el Juez no tiene una facultad arbitraria para denegar la audiencia en todos los casos, sino que tiene que resolver en cada supuesto según sus particulares circunstancias, y siempre motivando el por qué considera innecesario practicar la audiencia del menor.

Además cabe señalar que en determinados supuestos cuando el menor ya ha sido escuchado por el equipo psicosocial no sea necesario practicar la audiencia porque ya tiene el juzgador conocimiento de la opinión del menor⁶⁶.

La importancia que tiene el ejercicio de este derecho es de resaltar, porque muchas veces según lo que suceda en la audiencia será el camino que siga el juez a la hora de dictar sentencia, cabe citar la interesante SAP de Málaga de 13 de febrero de 2009, que acordó el cambio de custodia de un menor de once años, indicando la Sala que el hijo tenía capacidad intelectual y volitiva más que suficiente y, en la exploración judicial que le fue practicada, había manifestado, de forma clara y contundente, su voluntad inequívoca de vivir en compañía de su padre, con el que, según afirmaba, se sentía más tranquilo y menos asustado.

4.5. Plasmación de la audiencia del menor

En este punto, en lo que se refiere a cómo debe quedar plasmado el contenido de la audiencia del menor, de cara a que las partes no se encuentren indefensas y puedan tener acceso a las opiniones que el menor ha manifestado de una manera veraz, existe mucha controversia en cuanto hasta qué punto afectamos al derecho de intimidad del menor.

Se ha pensado en la posibilidad de poder grabar las audiencias ya sea por grabación de imagen o sonido. Sin embargo, aquí es donde entran en conflicto dos derechos, el derecho a la intimidad del menor y el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva.

La Circular 1/2001, 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles concreta que las partes podrán negarse a ser grabados en aquellos casos que se permite la exclusión de la publicidad de la audiencia, literalmente expone que: *“Resulta indudable que entre las causas que pueden justificar la negativa a la documentación filmada de un determinado acto procesal se han de incluir todas aquellas que permiten la exclusión de la publicidad de la audiencia. Así, si la publicidad de las actuaciones -que tiene el rango de derecho fundamental en tanto que el art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho de las partes a un proceso público- puede ser limitada, a tenor de lo dispuesto en el art. 138 LEC, por motivos de orden público, de protección de la seguridad nacional en una sociedad democrática, de salvaguarda de los intereses de los menores, de protección de la vida privada de las partes, o, en definitiva, por la concurrencia de especiales circunstancias apreciadas por el Tribunal, no debe haber duda de que, al menos, esas mismas razones deben servir para justificar que se limite la documentación del acto a la forma escrita, y ello, en tanto que la actividad de documentación, siempre*

⁶⁶ FMF, “Audiencia del menor en los procesos de familia”, www.eljuridistaoposiciones.com, 2016

que permita a las partes obtener la constancia suficiente de lo actuado para asegurar su derecho de defensa, lo cual se cumple ya sea realizada en una u otra de las formas que prevé la LEC, tiene menor rango procesal que la publicidad de los debates a que se refiere el art. 120 de la Constitución”.

Concluyendo finalmente que los fiscales deberán cuidar que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces.

Si bien algunos juzgados vienen realizando esta práctica, y las Audiencias Provinciales en vez de realizar una segunda exploración simplemente ven el visionado de la grabación como por ejemplo la Audiencia Provincial de Huelva (SAP Huelva de 11 diciembre 2015) o la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP Barcelona de 25 febrero 2016).

Si se descarta la anterior opción, nos queda la posibilidad de que el Letrado de la Administración Pública haga fe de lo que ha pasado en la audiencia levantando un acta. Claro, pero ¿y que debe de contener ese acta? sobre esta cuestión existen diferentes posturas:

1. quien considera que se deben de recoger todas las manifestaciones del menor.
2. quien piensa que se deben de recoger únicamente las manifestaciones más importantes del menor
3. y quien opina que sólo debe quedar constancia de que se ha celebrado.

Considerando las anteriores posturas, podemos concluir que si se recogen en el acta todos los detalles de la manifestación del menor, vuelve a sentirse dañado el derecho a la intimidad del menor, sin embargo si simplemente se levanta acta diciendo que se ha celebrado la audiencia afectará a la tutela judicial efectiva de las partes pues no permite a éstas someter su resultado a contradicción.

En mi opinión pienso que sí que se deben de recoger las manifestaciones más importantes que haga el menor, para que exista un equilibrio de derechos, además que si se puede evitar una segunda exploración cuando conozca el juez *ad quem* mejor, puesto que se verá el menor menos afectado emocionalmente. Y esta plasmación considero que la debería realizar el propio juez dando su propia valoración, sin que en su argumentación coloque al menor una situación de optar que luego pueda suponerle un perjuicio cuando sus padres conozcan el contenido de la valoración. Dicho acta deberá ser firmado por los intervinientes y se dará copia a las partes para garantizar su derecho a la defensa.

5. Conclusiones

I. Al estar en presencia de materia de interés público me parece muy adecuado que este tipo de procesos tengan una regulación especial, además de que esta regulación está siempre orientada a proteger el interés del menor.

II. En los procesos de familia en los que esté involucrado un menor de edad, es necesario que siempre esté presente el Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses.

En el caso de que existiese discrepancia entre el Ministerio Fiscal y el menor siempre cabe la figura del defensor judicial.

III. Al estar en presencia de un concepto indeterminado, el interés del menor, para su concreción y entendimiento habrá de estudiar el juzgador cada detalle del caso concreto.

IV. Es muy importante probar cada pretensión, aunque en los procesos de familia el juez de oficio pueda practicar toda prueba que considere necesaria sino ha quedado suficientemente probado. Esta particularidad únicamente cabe en lo que concierne a materia no disponible.

En materia que afecte al ámbito patrimonial de las partes, éstas serán las que tengan la carga de probar, y el juez resolverá conforme a lo que las partes le hayan aportado.

V. La custodia compartida no significa que sea el mejor modelo de custodia, sino que el juez va a tener que valorar en cada caso concreto cuál es la modalidad de guarda y custodia que mejor va a beneficiar el desarrollo emocional del infante.

En lo que se refiere al régimen de visitas es muy deseable, siempre dependiendo de cada caso, que el régimen de comunicación sea lo suficientemente amplio para que no se produzcan carencias afectivas y formativas del hijo menor de edad hacia el progenitor no custodio, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad.

En cuanto al uso de la vivienda familiar la regla general es que se otorgará ésta al progenitor que le corresponda la custodia del niño, y en caso de que estemos ante la presencia de la modalidad de la custodia compartida, es lógico y muy comprensible que se adjudique el uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección.

V. El dictamen psicosocial es un medio de prueba muy contundente a la hora de valorar el interés del menor, ya que es un informe que lo realiza un equipo especializado en la materia.

VI. El interrogatorio testifical de familiares en este ámbito de los procesos de crisis matrimoniales no resulta utilidad práctica en la mayoría de las ocasiones, pero tampoco podemos prescindir de él puesto que habrá en ocasiones que sea la única forma de probar un determinado hecho, como por ejemplo la existencia de malos tratos.

VII. La exploración del menor cada vez adquiere más relevancia en este tipo de procesos especiales, puesto que generalmente según lo que manifieste el niño en la audiencia sea muy tenido en cuenta por el juez, pero ojo, esto no significa que el juez tenga que dictar sentencia conforme a lo que haya dicho el menor, sino que tendrá que hacer una valoración concienzuda de la situación familiar, porque no siempre lo que manifiesta el menor significa que vaya a ser lo mejor para su desarrollo.

VIII. Se prescinde del imperativo de oír a los menores de edad en los procesos de crisis matrimoniales, y pasa a ser facultativo. Se trata de una opción no de una obligación.

Asimismo considero que la audiencia del menor debe ser plasmada mediante la valoración del juez en un acta que a su vez firmen todas las partes intervinientes, y se dé traslado de dicho contenido a las partes para garantizar su derecho a la defensa.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ ALARCON, A, “Procedimiento contencioso de crisis matrimonial” *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016

AÑÓN CALVETE, J, “Interés del menor”, *El Derecho*, 2015

ARANGÜENA FANEGO, C, “La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales”

BECERRIL, S. (Defensor del Pueblo), *La escucha y el interés superior del menor*, MIC, Madrid, 2014, p.14

CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de patrimonios*, Aranzadi S.A, Navarra, 2015

Compilación de las Observaciones generales del Comité de los derechos del niño de las naciones unidas 2001-2009 Observación general nº 12 (2009) el derecho del niño a ser escuchado, realizada por el Observatorio de la Infancia y Adolescencia del Principado de Asturias, el Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familias y Adolescencia, la Consejería de Bienestar Social y Vivienda y el Gobierno del Principado de Asturias, 2011

CUENCA ALCAINE, B, “EL interés del menor en los procesos de familia”, *aa-divorcios.com*

CUENCA ALCAINE, B, “los dictámenes psicosociales en los procesos de familia” *aa-divorcios.com*, 2014

DE LA OLIVA SANTOS, A. , DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Los procesos especiales y las especialidades procedimentales de los procesos ordinarios*, en *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

FENÁNDEZ LÓPEZ, M, “Procesos matrimoniales y mediación familiar”, *Revista Procesos Matrimoniales*, 2011.

FMF, “Audiencia del menor en los procesos de familia”, *www.eljuridistaoposiciones.com*, 2016

GARCÍA GARCÍA, N, “Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación” *Editorial Jurídica Sepín*, 2013

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P “Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” *Los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El desarrollo de la vista”, *Los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Medios de prueba” *Los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2009.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, “Introducción: La consideración del interés del menor in abstracto” *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, “La protección del interés del menor en las situaciones de conflicto entre sus progenitores, titulares de la patria potestad” *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor” *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

IGLESIA MONJE, M. I. “Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (Su evolución en los Tribunales de Justicia)”, *Diario La Ley*, 2014

LACALLE SERER, E y SANMARTÍN ESCRICHE, F, “Disposiciones comunes a los procesos matrimoniales”, *Esquemas de procesos matrimoniales*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2010.

LACALLE SERER, E y SANMARTÍN ESCRICHE, F, “Protocolo sobre la prueba en los procesos matrimoniales”, *Protocolos sobre procesos matrimoniales: protocolos redactados conforme a la ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

LÓPEZ ROMERO, P. M, “custodia compartida e interés superior del menor” *Diario La Ley*, 2015

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso” *Diario La Ley*, 2009.

MORÁN GONZÁLEZ, M. I, “El Ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, nº 2 Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2009.

MORENO VELASCO, V, “Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio” *Diario la Ley*, 2009.

MORENO, V, “La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio: El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *La Ley*, 2010.

MOURE, E, “La prueba pericial en los procesos de familia: entendiendo al Juez Holmes”, *Diario la Ley*, 2015.

PÉREZ MARTÍN, A.J, “Enfoque actual de la pensión compensatoria” *Boletín Derecho de Familia*, 2011.

PINTO ANDRADE, C, “La custodia compartida” *Bosch*, 2009.

PLANES MORENO, M. D., “Medios de prueba” *Los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, Madrid, 2009.

QUINTANA MARTÍN, V, “Custodia compartida” *La guarda y custodia compartida*, en Revista Jurídica de Canarias nº40 /2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016

RODA Y RODA, D, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, Navarra, 2014.

ROMERO COLOMA, A. M, “La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica” *Diario La Ley*, 2010.

ZAERA NAVARRATE, J.I, “La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015.

7. Jurisprudencia

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP Salamanca de 18 julio 2016
- SAP de Tarragona de 20 de junio de 2016
- SAP de Barcelona sec 12 de 31 de marzo de 2016
- SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2016
- SAP de Salamanca de 27 de enero de 2016
- SAP de Huelva de 12 de diciembre de 2015
- SAP de Lleida de 9 de octubre de 2015
- SAP de León de 6 octubre 2015
- SAP de A Coruña de 17 diciembre 2013
- SAP de Cádiz de 12 de diciembre de 2013
- SAP de Barcelona sec 12 de 28 de septiembre de 2012
- SAP de Valencia de 14 abril de 2011
- SAP de Valencia sec 10 de 4 de octubre de 2010
- SAP de Málaga de 29 de noviembre de 2009
- SAP de Pontevedra de 24 noviembre de 2009
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de octubre de 2009
- SAP de Barcelona de 31 marzo de 2009
- SAP de Málaga de 13 de febrero de 2009
- SAP de Valencia sec 10 de 4 de octubre de 2007
- SAP de Valladolid de 24 de mayo de 2006
- SAP de Madrid sec 24 de 9 febrero de 2006
- SAP de Valencia de 14 noviembre de 2005

- SAP de Córdoba de 25 de abril de 2005
- SAP de Salamanca de 21 marzo de 2005
- SAP de Cádiz de 13 de febrero de 2003

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS Sala 1ª de 26 de mayo de 2016
- STS Sala 1ª de 13 de abril de 2016
- STS Sala 1ª de 17 noviembre de 2015
- STS Sala 1ª de 10 de julio de 2015
- STS Sala 1ª de 16 de febrero de 2015
- STS Sala 1ª de 24 octubre de 2014
- STS Sala 1ª de 22 de octubre de 2014
- STS Sala 1ª de 15 de octubre de 2014
- STS Sala 1ª de 16 de junio de 2014
- STS Sala 1ª de 25 de abril de 2014
- STS Sala 1ª 27 de enero de 2014
- STS Sala 1ª de 29 de abril de 2013
- STS Sala 1ª de 4 diciembre 2012
- STS Sala 1ª de 30 de mayo de 2012
- STS Sala 1ª de 10 de febrero de 2012
- STS Sala 1ª de 25 de abril de 2011
- STS Sala 1ª de 14 de enero de 2010
- STS Sala 1ª de 31 de julio de 2009
- STS Sala 1ª de 11 de mayo de 1981

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC de 17 de octubre de 2012
- STC 17/2006 de 30 de enero
- STC 71/2004 de 19 de abril