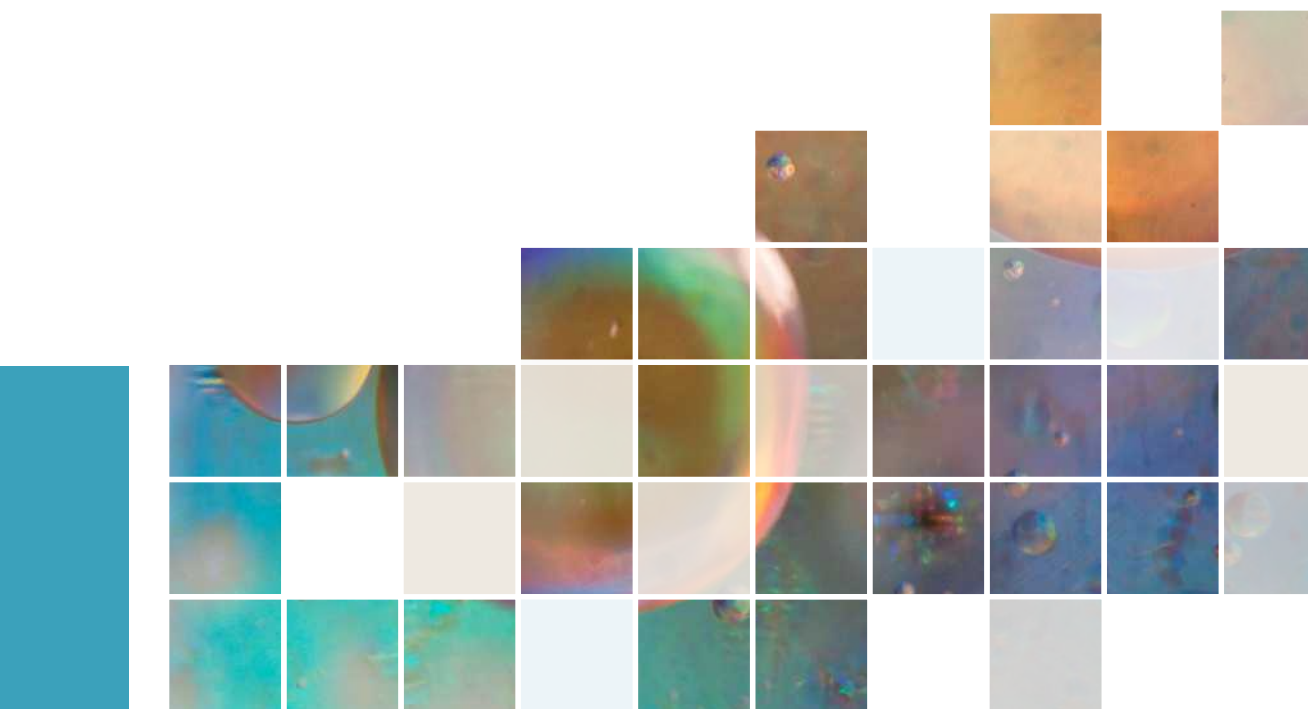


TEMAS

Los menores ante la separación de sus padres

Alejandro Andrés Martín Molina



III LA LEY

Los menores ante la separación de sus padres

Alejandro Andrés Martín Molina

© Alejandro Andrés Martín Molina, 2023
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<https://www.laley.es>

Primera edición: febrero 2023

Depósito Legal: M-2421-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19446-15-2

ISBN versión electrónica: 978-84-19446-16-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. CONCEPTO

Cuando se produce una separación y se ha establecido la custodia de los hijos para uno de los padres, la cuestión siguiente es determinar cuál va a ser el régimen de visitas del otro progenitor. Esta cuestión posiblemente pueda conllevar una cierta problemática por determinar los días precisos y que se consiga un cierto equilibrio entre las partes. Así cuando hablamos de la problemática que puede generar el derecho de visitas en las relaciones paterno o materno filiales en aquellas familias que sufrieron una quiebra de su relación matrimonial o de pareja, nos estamos refiriendo primordialmente a las separaciones en las que la guarda y custodia de los hijos se ha adjudicado a uno de los progenitores, puesto que en los casos en que se haya instituido una relación de custodia compartida es más difícil que se produzcan estos desencuentros que en adelante analizaremos.

Existe el deseo de que cuando se rompe un matrimonio o una relación de pareja de hecho, la vida en adelante de la pareja se desarrolle de la mejor manera posible y cuando existen hijos menores, por ellos y debido a ellos, los padres se van a tener que seguir viendo y relacionando durante muchos años. Así pues, es aconsejable tener una buena relación para que los pocos encuentros que tengan entre ellos se lleven a cabo sin disputas que originen más tensión a una relación ya de hecho difícil.

Como indica SÁNCHEZ URBANO Es esencial entender que el derecho de visitas al que se refiere el art. 94 del CC es un complejo derecho-deber/derecho-función que tiene por finalidad dar cobertura a las necesidades afectivas y educativas de los menores, así como fomentar la relación entre padres/madres e hijos y el vínculo afectivo entre estos pese a la separación o divorcio. Se trata de conseguir que a los menores les afecte lo menos posible la separación. Se persigue asimismo que el progenitor no custodio, y que por lo tanto no va a convivir ya en el domicilio familiar, mantenga una común comunicación y relación con los hijos menores que sea lo más enriquecedora posible para el menor⁽¹⁾.

(1) SÁNCHEZ URBANO C. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2019 parte Legislación. Doctrina.
Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

El trabajo del juez en estos casos es, tal y como se deduce de los arts. 92 a 94 del CC, buscar cuál es el verdadero interés del menor en cada caso concreto para aplicar la solución más justa a la demanda que se le presenta. Para analizar qué es lo más beneficioso para el menor no hay que atender solo a un criterio a medio plazo, sino también al desarrollo con éxito del régimen de visitas, donde ambos progenitores cumplan los términos del mismo y consigan una correcta interrelación con los hijos. Y todo ello porque, en una separación o divorcio, por supuesto sufren los que se separan o se divorcian, pero a quien hay que proteger más que nada es a los hijos menores, pues a ellos se les ha presentado una situación que ni han querido ni han deseado.

El interés superior del menor es tan esencial en estos casos que es el principio que inspira el art. 39.3 de la CE y el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1989, y ratificada por España el 30/11/1990, que establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño asegurándole la protección y cuidado necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres».

En nuestro derecho constitucional interno la Constitución encuentra en el artículo 10.2 un elemento importante que sirve de guía a su interpretación: «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España». Si bien es cierto que esta remisión no confiere rango constitucional a los derechos reconocidos en el derecho europeo si no están también incluidos en la Constitución, también lo es que ese precepto obliga a los poderes públicos españoles a interpretar los derechos fundamentales de la Constitución de conformidad con esos tratados, lo que tiene una extraordinaria importancia, sobre todo para el legislador, pero también para los Tribunales, pues las argumentaciones de los órganos judiciales europeos deben ser utilizadas por los españoles cuando tengan que resolver conflictos en los que sea aplicable alguna disposición constitucional sobre derechos fundamentales análoga a los preceptos convencionales interpretados.

Por su parte, el TEDH recuerda que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no debe ser interpretado independientemente y debe aplicarse de acuerdo con los principios de derecho internacional. Y, en el aspecto concreto que nos ocupa, ha señalado (asunto Maumousseau y Washington contra Francia, de 6 de diciembre de 2007) que «desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, "el interés superior del menor"

en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor, buscando la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia "la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar", según los términos del preámbulo de esta Convención. Como ya ha estipulado el Tribunal, esta consideración primordial puede suponer varios aspectos... El Tribunal suscribe en su totalidad a la filosofía subyacente de esta Convención».

Así pues, la regla que ha venido presidiendo la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la de que «la preocupación por el interés superior del menor reviste en cada caso una importancia decisiva» (asunto K. T. contra Finlandia, Sentencia de la Gran Sala de 12 de julio de 2001, 154), lo que obligará a los Estados parte a adoptar medidas positivas, cuya inexistencia o incumplimiento llevará aparejada una infracción del Convenio.

Es importante asimismo valorar la relación de afectividad entre los progenitores y sus hijos. Para ello un elemento esencial de prueba en estos casos y que puede despejar muchas dudas es el informe del equipo psicosocial. Es un medio de prueba objetivo en el que, a través del análisis psicológico del padre, de la madre y de los niños se puede conocer el estado de sus relaciones y facilita información esencial al juez a fin de que éste establezca el régimen de visitas más conveniente entre los progenitores y su hijo menor.

En este tipo de relaciones y en el ejercicio del régimen de visitas, los momentos en los que se pueden generar más desencuentros entre los excónyuges van a ser en las entregas y recogidas de los menores y en saber dictaminar e interpretar de forma correcta lo expuesto en la sentencia de separación o divorcio sobre el momento y lugar en que debe entregarse y recogerse a los hijos.

En los casos en los que exista una custodia compartida, debido a que las estancias con los hijos van a ser más prolongadas y con menos momentos de intercambios con los menores, los roces y vistas entre los excónyuges o ex convivientes van a ser menores. Por ello para acudir a la lógica y buenas relaciones y no a los tribunales, es aconsejable que los progenitores sepan relacionarse entre ellos una vez producida su separación en pos de una correcta evolución educacional de sus hijos menores y para ello entiendo que es importante el consejo y la asistencia técnica de los abogados de cada cónyuge que con su saber hacer les instruyan de forma correcta en cómo deben de llevar a cabo el régimen de visitas.

De no llevarse a cabo estos criterios de forma ordenada y coherente, lo único que se va a conseguir es crear rencillas y disputas entre los excónyuges que pueden acabar en el peor de los casos en denuncias por violencia de género, sobre todo cuando se producen en los primeros momentos de la separación que

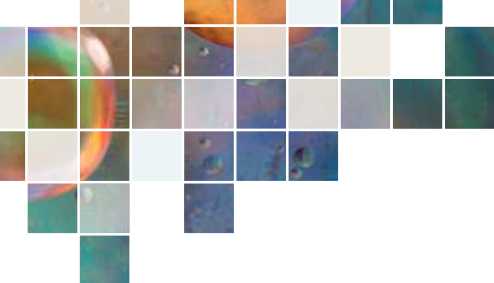
es cuando está la situación más delicada. En este sentido apunta MAGRO SERVET que aunque se haya adoptado un régimen de visitas, si del desarrollo de su ejercicio se comprueba que los menores quedan perjudicados, aquel podría suspenderse sin lugar a dudas. Pero es importante que quede clara la valoración de este concepto «perjuicio de los menores», a no confundir con comodidad o que ellos prefieran estar solo con uno de sus progenitores, ya que si no se acredita un comportamiento indebido de este no se suspenderá el régimen. Y a este respecto es sabido que este es un tema muy delicado para evitar que uno de los progenitores articule sobre los menores un odio sobre el otro progenitor que determine una negativa de los menores a estar con este. En cualquier caso, siempre hay que destacar, teniendo en cuenta esta observación, que es el interés del menor el que preferentemente debe tenerse en cuenta a la hora de adoptar las medidas que les afecte, con fundamento en la previsión legal contenida en el art. 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁽²⁾.

Y continúa afirmando el autor que el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto, al derivarse de dicho informe que la salud psíquica de los menores, con el rechazo que manifiestan a ver al padre, puede ponerse en peligro si se les obliga sin que el padre muestre una actitud más comprensiva hacia el comportamiento de los mismos, procede, igualmente la desestimación del recurso de apelación».

Es decir, que las medidas de suspensión del régimen de visitas deben ser de una interpretación restrictiva por su propia naturaleza, ya que no es inmediata la suspensión del régimen citado o la custodia compartida por hechos de violencia de género al no establecerlo la ley de forma automática.

Para ROCA TRÍAS el derecho de visitas se puede explicar mediante dos definiciones: como derecho derivado del derecho de la personalidad, de la relación de parentesco, y como derecho dentro de la patria potestad. Se decanta por manifestar que la tesis que es más seguida es la que fundamenta este derecho en la relación de parentesco, como derecho amplio reconocido a los parientes en el artículo 161.2 del CC y uno más limitado a determinadas situaciones de crisis matrimonial, siendo en este punto donde debe incluirse el derecho de visita del progenitor no custodio. Para ella este no es un derecho derivado de la patria potestad y se deberá ejercitar incluso en aquellos casos en los que se hubiese

(2) MAGRO SERVET V. Práctica de Tribunales, N.º 100, Sección Práctica Procesal, enero-febrero 2013, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY .



Con la elaboración del presente libro se realiza un análisis doctrinal y jurisprudencial de **los casos más destacados y comunes que pueden influir en cualquier separación a los hijos de dicho matrimonio** o pareja. De forma especial desde el plano psicológico, jurídico y social, porque son los principales elementos que van a afectar a los menores en la nueva forma de vida que van a llevar en su casa y en sus vidas propias. Por ello, **se incluyen referencias bibliográficas de psicólogos, educadores y juristas, con especial relieve en las principales sentencias judiciales que establecen doctrina sobre los aspectos más comunes que pueden afectar a todo menor.**

En el presente libro, se intenta dar de igual forma unas directrices fundamentales para saber cómo actuar con los menores sobre todo con el auge de las nuevas tecnologías y las redes sociales que pueden ser un problema para menores especialmente vulnerables por la situación personal por la que están pasando y pueden llevar a cabo comportamientos sociales tempranos para sus edades.

Es de destacar el aporte doctrinal y de conocimientos sobre esta materia que se incluyen gracias a estudios anteriores sobre el tema de autores de distintos ámbitos profesionales, así como de las obligadas directrices que los tribunales de justicia, tanto por Audiencias Provinciales como por el propio Tribunal Supremo, aportan a una materia de especial sensibilidad.

ISBN: 978-84-19446-15-2



3652461639



ER-0280/2005



GA-20050100