

1.2. Familia

Cambio de residencia del extranjero progenitor  
custodio y la importancia del interés  
del menor\*

*Change of residence of foreign parent custodian  
and the importance of the child's interest*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular  
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores, bajo su custodia, que se trasladen con él.

ABSTRACT: *The change of residence of the foreign parent custodian can be judicially authorized only in benefit and interest of the minor children in their custody who go with him.*

PALABRAS CLAVE: Cambio de residencia del menor al extranjero. Interés del menor.

KEY WORDS: *Change the child's residence abroad. Child's best interest.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FIJACIÓN DEL NUEVO DOMICILIO TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL.—III. CAMBIO DE RESIDENCIA A UN PAÍS EXTRANJERO Y EL INTERÉS PRIMORDIAL DEL MENOR.—IV. LA PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE A LA PROTECCIÓN DE SU CONDICIÓN DE NACIONAL: PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA A ADOPTAR.—V. PRIVACIÓN POR PARTE DE UN PROGENITOR DE RELACIONARSE EL HIJO CON EL OTRO PROGENITOR. 1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL ME-

---

\* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JUR, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Prof.<sup>a</sup> Dra. D.<sup>a</sup> Cristina DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formó parte.

NOR. 2. EXISTENCIA DE DAÑO MORAL.—VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y EL DAÑO MORAL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

Otro de los ámbitos que estábamos esperando y en el que todavía no había tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, poniendo como énfasis el interés del menor, es el del cambio de residencia al extranjero de los menores con su progenitor custodio. Evidentemente nos referimos al supuesto en el que no hay acuerdo entre los padres en la fijación de la residencia habitual del menor y la autoridad judicial procede a su señalamiento, no a los casos en los que el progenitor custodio cambia de domicilio y se lleva al menor sin comunicación ni al otro progenitor ni custodio ni al juez, pues ese sería el caso de sustracción de menores por el progenitor.

En esta sección nos hemos hecho eco de la importancia del *principio del interés del menor* en varias ocasiones<sup>1</sup>. Por ejemplo, en relación con el otorgamiento de la guarda y custodia compartida<sup>2</sup>, o con el derecho de comunicación o visitas<sup>3</sup>, o con la pensión que el progenitor custodio debe entregar al hijo en concepto de alimentos<sup>4</sup>.

Hoy vamos a dar un paso más allá, porque la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2014<sup>5</sup>, establece como doctrina jurisprudencial que *el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores, bajo su custodia, que se trasladen con él*.

El camino hasta llegar a esta afirmación doctrinal no había sido fácil pues aunque generalmente en los juzgados se atribuye la custodia de los hijos menores de 0 a 7 años a la madre en base al interés primordial del menor, el cambio de residencia al extranjero es una cuestión difícil de solventar. Incluso autorizando de entrada el traslado al país de origen de la madre, que en el caso de autos es Brasil.

En este caso, además, la decisión de la Audiencia había modificado el régimen de custodia a favor del otro progenitor, el padre, cuando la madre extranjera decide o tiene que volver a su país de origen, siendo casada por el TS y estableciendo la doctrina jurisprudencial señalada.

## II. FIJACIÓN DEL NUEVO DOMICILIO TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL

Partimos de que en todos los supuestos de hecho que vamos a analizar la *patria potestad corresponde a ambos padres*, no se le ha suprimido a ninguno de ellos. La patria potestad, (art. 156 CC) se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Lo cual implica que todos los derechos y deberes se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de esta deriva la *fijación del domicilio familiar*, según dispone el artículo 70 CC, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 CC, respecto de la obligación de vivir juntos.

El problema surge tras la ruptura matrimonial, el cese de la convivencia, el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, y la necesidad o deseo de esta de cambiar de residencia. La cuestión se complica en los casos cada vez más frecuentes de matrimonios mixtos (entre nacionales y extranjeros), donde el cambio de residencia es fuera de nuestro país.

Analizando objetivamente el problema no hay duda de que el cambio de domicilio de un menor es un acto incardinable entre los de ejercicio extraordinario de la patria potestad, tanto por su trascendencia como por su falta de habitualidad y cotidianeidad, que lo *convierten en un acto de carácter excepcional y de suma importancia para la vida del propio menor y la de su familia*.

El cambio de residencia de un menor a otra localidad distinta conlleva como hecho básico con repercusión en la vida del niño, —pues es donde pasa 8 horas al día— los siguientes cambios: una alteración de su entorno académico derivado del cambio a un nuevo centro escolar (con la consiguiente necesidad de adaptación a los nuevos profesores, nuevos libros, nuevas formas de aprendizaje), una transformación de sus amistades y nuevas relaciones (pérdida de amigos del anterior colegio y esfuerzo de adaptación para conseguir unos nuevos) y un cambio radical en el ámbito social (nuevos vecinos, nuevos amigos en el barrio, con nuevas tradiciones en el nuevo barrio) e inclusive familiar (pues el nuevo domicilio puede conllevar un alejamiento y pérdida de contactos con parte de la familia extensa del progenitor no custodio, y la adaptación y conocimiento de la nueva familia extensa del progenitor custodio de un nuevo país).

El cambio de residencia con cambio de centro escolar puede acarrear, asimismo, una alteración respecto de la orientación educativa del colegio al que venía asistiendo con anterioridad el menor (si pasa por ejemplo de un centro público a uno privado religioso o viceversa) y, como consecuencia, una modificación unilateral, por parte de un progenitor, del tipo de educación del menor, laica o religiosa, en centro público o privado, bilingüe o monolingüe, etc., lo que haría aún más trascendente la decisión de cambio de residencia habitual...

Más aún en el extranjero, donde todas estas circunstancias se ven alteradas en grado máximo.

Dice la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012<sup>6</sup>, que «estamos, sin duda, *ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia*, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura».

En un primer momento, se planteó la cuestión de si era jurídicamente necesario el consentimiento del progenitor no custodio o la autorización judicial para que el hijo menor pueda cambiar de residencia junto al progenitor custodio una vez dictada la resolución judicial de atribución de custodia, cuando la misma no contiene pronunciamiento alguno al respecto. La posición de la doctrina y de las resoluciones de los Tribunales sobre el tema distaba mucho de ser pacífica, pero en 2008 se perfilaban voces a favor<sup>7</sup>.

La jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se pronuncia mayoritariamente a favor de considerar *actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad* las decisiones relativas al cambio de residencia y/o colegio del menor, aunque en un primer momento la duda se planteaba en torno a la trascendencia de la facultad, y si era necesario el consentimiento de ambos progenitores por

ser una facultad trascendente de la patria potestad (Así las SSAP de Madrid, Secc. 22.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2001<sup>8</sup>, y de 9 de enero de 2002)<sup>9</sup>.

La SAP de Sevilla, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2006<sup>10</sup>, de manera precisa concretó que era de gran transcendencia y se deben adoptar de consuno entre ambos progenitores.

La SAP de Huesca, de 24 de octubre de 2006<sup>11</sup> insiste en que el progenitor pese a no tener la custodia de su hija, no sea excluido de la toma de decisiones sobre los aspectos más relevantes vinculados al ejercicio de la patria potestad sobre la menor, por lo que procede hacer constar en la sentencia que el actor podrá intervenir en las decisiones importantes que afecten a la vida de la menor, y en particular a los aspectos relacionados con el cuidado, la salud y la educación de aquella, las cuales habrán de adoptarse de mutuo acuerdo, debiendo decidir el Juzgado en caso de discrepancia.

La SAP de Murcia, Secc. 1.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2006, declara ineficaz, pero no nula, la cláusula del convenio regulador por la que las partes acordaron que, si la madre decidía fijar su domicilio fuera de España en el futuro, los hijos permaneciesen en su domicilio actual en España bajo la guarda del padre, señalando que el cambio de progenitor custodio es materia indisponible en la que el juzgador no queda vinculado por los acuerdos de las partes, teniendo plena autonomía el juzgador para resolver cualquier controversia relativa al menor sobre la base del superior interés del menor como criterio preferente y prioritario respecto de cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir<sup>12</sup>.

### III. CAMBIO DE RESIDENCIA A UN PAÍS EXTRANJERO Y EL INTERÉS PRIMORDIAL DEL MENOR

El artículo 19 de la Constitución Española determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca.

Por otro lado no olvidemos la existencia del artículo 103.1.<sup>a</sup> c) del Código Civil que admite la posibilidad de someter a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor cuando exista riesgo de sustracción del mismo<sup>13</sup>.

El problema surge de la procedencia, y de las repercusiones que se van a producir con el cambio de residencia al extranjero del menor: pues puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación.

Teniendo en cuenta que el valor supremo, el que más pesa en la balanza es el del interés del menor, hay que valorar previamente si le va a afectar negativamente el cambio de residencia pues de ser así, pesaría más la necesidad de proceder a un cambio de la guarda y custodia.

La propia sentencia tiene en cuenta que «el cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño».

No se pueden dar soluciones generalistas, pues es el propio Tribunal Supremo el que comienza a analizar los pros y los contras según las relaciones familiares

de ambos cónyuges, siempre pensando en el interés supremo del menor. Pues es la propia Sala la que concreta que:

«La madre custodia tiene su familia directa en Brasil, no solo a su padre y hermanos, sino también a otro hijo de 17 años. El progenitor no custodio mantiene malas relaciones con su familia por lo que el entorno familiar y de allegados resulta insuficiente para cuidar de su hijo si encontrara trabajo. Y se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento Brasil-España-Brasil».

Para llegar a la solución de que *el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores, bajo su custodia, que se trasladen con él.*

#### IV. LA PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE A LA PROTECCIÓN DE SU CONDICIÓN DE NACIONAL: PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA A ADOPTAR

En este análisis casuístico vemos como en el caso de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2014, determina que «es el interés del menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. *No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo*, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores».

En el supuesto de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, la Audiencia dejó a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos y deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y dejó, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento al extranjero.

De ahí que el TS determinó la devolución de los autos a la Audiencia para que dictase nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York *ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida* que se adopte.

Y ello porque se concretó con acierto que «las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una *posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor*. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio».

Además pone de relieve que «Al resolver de esa forma, la sentencia (de la Audiencia) deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de

los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados...».

## V. PRIVACIÓN POR PARTE DE UN PROGENITOR DE RELACIONARSE EL HIJO CON EL OTRO PROGENITOR

### 1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013<sup>14</sup>, también consideró prevalente el interés del menor y consecuentemente el mantenimiento de la guarda de la madre sobre el hijo pese a impedir durante años que se relacionase con el padre.

En este supuesto el menor quedó bajo la guarda y custodia de la madre, manteniéndose el régimen de visitas y comunicación al padre. También se autorizó a la madre el cambio de residencia a los Estados Unidos de América pero a partir de ese momento ha impedido durante años el cumplimiento del régimen de visitas del hijo con el padre.

En base al interés superior del menor, y con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, se valora positivamente que el menor ha quedado vinculado afectivamente con la madre e integrado en la vida del país de residencia, sin que haya quedado justificado el beneficio que para el menor representa el traslado de su lugar de residencia a España y la imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce.

### 2. EXISTENCIA DE DAÑO MORAL

Algún supuesto parecido, en parte, había llegado al Tribunal Supremo. Nos referimos a la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009<sup>15</sup>, en la que se estudian los efectos producidos por la privación al *progenitor custodia*, en este caso el padre, de la relación con su hijo al haber sido trasladado a Estados Unidos por su madre, que tenía el derecho de visita, quien no permitió en ningún momento después de dicho traslado que el padre tuviese relaciones con él.

El Tribunal Supremo le otorga una indemnización del daño moral causado, en base al artículo 1902 de daño extracontractual. Además el Tribunal indicó que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción y para contar el plazo del año de acuerdo con el artículo 1968.2 CC es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad, porque en cualquier momento podría haber recuperado el padre la guarda y custodia. Por consiguiente, el daño solo se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer

la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad<sup>16</sup>.

Sentencia en la que se determina que el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a este la guarda y custodia en la sentencia citada.

No existe, pues, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, solo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por este de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre.

## VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y EL DAÑO MORAL

Generalmente el Tribunal Europeo no condena al otro progenitor sino al Estado. Se extrae la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio<sup>17</sup>.

En la STEDH, de 11 de enero de 2011<sup>18</sup>, se determina el incumplimiento por las autoridades de sus obligaciones, en cuanto a la ejecución de sentencia firme de atribución de la custodia, permitiendo la resistencia del otro padre al encuentro del hijo con quien había recibido la atribución de la patria potestad. El Estado tiene la obligación de restablecer la vida familiar; se considera violado el artículo 8 de la Convención.

El daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia<sup>19</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

I. La residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno solo de sus progenitores corresponde a ambos, en cuanto titulares del ejercicio de la patria potestad, a falta de acuerdo deberá resolver el juzgado con anterioridad a la realización del cambio de domicilio proyectado por el progenitor custodio. El Juez decidirá en base al principio del interés superior del menor lo más beneficioso para él.

II. Si el progenitor custodio decide unilateralmente cambiar de domicilio al menor bajo su guarda, sin consultar al no custodio o sin obtener su consentimiento para el traslado, crea una situación de hecho que le favorece en perjuicio del no custodio y del menor que se le separa de sus relaciones con el no custodio. Si la situación se prolonga en el tiempo y teniendo en cuenta que las situaciones fácticas contrarias a derecho tienden a favorecer a quien las creó antijurídicamente, el progenitor no custodio deberá acudir al procedimiento de modificación de medidas, o a solicitar la adopción de medidas cautelares urgentes, al amparo del artículo 158 del CC que impidan la materialización del cambio de residencia

no consentido, o a solicitar la modificación provisional de las anteriores medidas definitivas sobre guarda, custodia o visitas del menor. Medidas que no evitan el traslado del menor ya realizado.

III. De prosperar dichas medidas implicarán el retorno del menor a su domicilio anterior o, inclusive, el cambio de progenitor custodio. No obstante en base al interés superior del menor es difícil que dichas medidas prosperen por la desestabilización que para el menor puede suponer los continuos cambios de residencia (fuera del país) y aun de progenitor custodio, en un breve periodo de tiempo.

IV. El Juez en su resolución judicial de atribución de custodia exclusiva establecerá que la misma no comporta la facultad de decidir unilateralmente el lugar de residencia habitual del menor, precisando para ello el consentimiento del progenitor no custodio o en su defecto autorización judicial. Se obliga al progenitor custodio a solicitar autorización judicial para cambiar de residencia habitual a los menores sometidos a su guarda. (STS de 20 de octubre de 2014).

V. El Juez puede autorizar el traslado solicitado por el progenitor custodio en beneficio del menor y pese a ello, el progenitor custodio puede impedir toda relación del menor con el progenitor no custodio. Se le hace un reproche social al progenitor incumplidor, pero en beneficio del menor no se le cambia ni de residencia ni de progenitor custodio, precisamente por su integración y adaptación en el lugar de su nueva residencia (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013).

VI. Una vez autorizado por el Juez el traslado de residencia del menor fuera del país con el progenitor custodio se señala por el Juez el sistema de gastos compartidos derivados del traslado del niño, y *se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento*.

VII. El traslado ilícito del progenitor custodio del menor ocasiona un *daño* y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, sino que *consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor*. Daño que se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad. (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009).

VIII. Según jurisprudencia del TEDH el daño a indemnizar es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2008). La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores, en *Diario La Ley*, núm. 6886, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2008, Año XXIX, Ref. D-49, Editorial La Ley. *La Ley* 2008/1089.



- IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I.: Examen de la Jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 745, septiembre-octubre.
- (2012). Custodia compartida de los progenitores: casos de Procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012, 1612-1646.
  - Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, 2294-2323.
  - (2013). Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 738, julio-agosto de 2013, 2650-2666 - Vlex: 458215318.
  - (2013). Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 739, septiembre-octubre de 2013, 3423-3439.
  - (2013). Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 740, noviembre-diciembre de 2013, 4157-4172.
  - (2014). Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 742, marzo-abril de 2014.
  - La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 746, noviembre-diciembre.

## IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STEDH, Sección 4.<sup>a</sup>, de 11 de enero de 2011, rec. 49868/2008. Núm. de Recurso: 49868/2008. *La Ley* 2011/2716. Caso Bordeianu contra Moldavia.
- STEDH, Sección 3.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2009, rec. 8673/2005. Núm. de Recurso: 8673/2005. *La Ley* 2009/320930.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 536/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 2680/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 536/2014. *La Ley* 2014/144055.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013, rec. 2248/201. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 823/2012. *La Ley* 2013/2328.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 642/2012. *La Ley* 2012/158044.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, rec. 532/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 512/2009. *La Ley* 2009/119087.
- SAP de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2006, rec. 234/2006. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS. Núm. de Sentencia: 403/2006. *La Ley* 2006/136952.

- SAP de Huesca, de 24 de octubre de 2006, rec. 113/2005. Ponente: José Tomás GARCÍA CASTILLO. Núm. de Sentencia: 201/2006. Núm. de Recurso: 113/2005. *La Ley* 2006/140180.
- AAP de Sevilla, Sección 5.ª, de 26 de enero de 2006, rec. 91/2006. Ponente: José HERRERA TAGUA. Núm. de Recurso: 91/2006. *La Ley* 2006/62274.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de enero de 2002, rec. 259/2000. Ponente: José Ángel CHAMORRO VALDÉS. Núm. de Recurso: 259/2000. *La Ley* 2002/9976.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de mayo de 2001, rec. 563/2000. Ponente: Carmen NEIRA VÁZQUEZ. Núm. de Recurso: 563/2000. *La Ley* 2001/105306.

## X. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención sobre los Derechos del Niño, (art. 18-1º) adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Constitución Española. Artículo 19.
- Código Civil. Artículos 68, 70, 156.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

## NOTAS

<sup>1</sup> IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Examen de la Jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 745, septiembre-octubre.

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (Su evolución en los Tribunales de Justicia). En: *Diario La Ley*, núm. 8395, Sección Doctrina, 9 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. *La Ley* 2014/6658.

<sup>2</sup> IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Custodia compartida de los progenitores: casos de Procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012, 1612-1646.

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, 2294-2323.

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 746, noviembre-diciembre.

<sup>3</sup> IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 738, julio-agosto de 2013. 2650-2666 - Vlex: 458215318.

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 739, septiembre-octubre de 2013, 3423-3439.

<sup>4</sup> IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 740, noviembre-diciembre de 2013, 4157-4172.

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 742, marzo-abril de 2014.

<sup>5</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 536/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 2680/2013. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Núm. de Sentencia: 536/2014. *La Ley* 2014/144055. Doña Silvia tiene un hijo en común con don Pedro, Gabino, nacido en 2007. Ambos contrajeron matrimonio el 26 de enero de 2008. La cuestión que suscita el recurso de casación por razón de interés casacional, se refiere a la medida de guarda y custodia del hijo, que la sentencia del Juzgado atribuyó a la madre, a la que autoriza el traslado del menor a Brasil, con un sistema de gastos compartidos derivados del traslado del niño, y de visitas al padre. La sentencia reconoce que el niño ha vivido con su madre desde la separación de hecho (dos últimos años, antes de la interposición de la demanda en noviembre de 2011).

<sup>6</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 642/2012. *La Ley* 2012/158044.

<sup>7</sup> Encuesta Jurídica publicada en la Revista *Septén Familia* correspondiente a octubre de 2003 sobre la cuestión «¿Puede el progenitor custodio alterar unilateralmente el lugar donde reside con sus hijos?». De los 13 juristas que respondieron a la encuesta, 8 lo hicieron contestando positivamente, pero con matices, y los 5 restantes negativamente. Datos indicados en el estudio de GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores, en *Diario La Ley*, Núm. 6886, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2008, Año XXIX, Ref. D-49, Editorial La Ley. *La Ley* 2008/1089.

Quien también indicaba la respuesta mayoritaria a favor de la consulta por parte de 6 frente a tres de los integrantes al Foro Abierto núm. 24 del *Boletín de Derecho de Familia* núm. 75.

<sup>8</sup> SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de mayo de 2001, rec. 563/2000. Ponente: Carmen Neira Vázquez. Núm. de Recurso: 563/2000. *La Ley* 2001/105306.

<sup>9</sup> SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de enero de 2002, rec. 259/2000. Ponente: José Ángel CHAMORRO VALDÉS. Núm. de Recurso: 259/2000. *La Ley* 2002/9976. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva en la esfera de las actividades cotidianas, pero no de los actos que tienen transcendencia en la formación y educación del menor, en los cuales se ejercerá conjuntamente.

<sup>10</sup> AAP de Sevilla, Sección 5.ª, de 26 de enero de 2006, rec. 91/2006. Ponente: José HERRERA TAGUA. Núm. de Recurso: 91/2006. *La Ley* 2006/62274. «La divergencia de los dos progenitores, acerca del colegio donde debían acudir los hijos comunes durante el curso escolar 2005/06, es patente y notoria. Dado que ambos tienen la patria potestad sobre los dos hijos, aunque la guarda y custodia se atribuyera a la Sra. Nuria en el proceso de divorcio, es evidente que estas cuestiones se han de adoptar de consuno entre los progenitores, porque no son diarias, habituales, ordinarias y rutinarias que obviamente se han decidir por el progenitor que ostente la guarda y custodia, sino que son de gran transcendencia y pueden afectar e incidir notablemente en el desarrollo de los menores, lo cual exige el concurso de ambos. De ahí que para los supuestos de divergencias, que no son deseables, que han de evitarse sobre la base de un denodado esfuerzo y madurez en los padres, prevé el artículo 156 del Código Civil la tramitación de incidente, que consistirá, básicamente en la audiencia de los progenitores y del hijo, si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, y la decisión consistirá en atribuir al progenitor la facultad de decidir».

<sup>11</sup> SAP de Huesca, de 24 de octubre de 2006, rec. 113/2005. Ponente: José Tomás GARCÍA CASTILLO. Núm. de Sentencia: 201/2006. Núm. de Recurso: 113/2005. *La Ley* 2006/140180.

<sup>12</sup> SAP de Murcia, Sección 1.ª, de 7 de noviembre de 2006, rec. 234/2006. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS. Núm. de Sentencia: 403/2006. *La Ley* 2006/136952.

<sup>13</sup> Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: c) Sometimientto a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. Párrafo introducido por el artículo quinto de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE 11 de diciembre).

<sup>14</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013, rec. 2248/201. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 823/2012. *La Ley* 2013/2328.

<sup>15</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, rec. 532/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 512/2009. *La Ley* 2009/119087.

<sup>16</sup> El *daño existe en este caso* y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso solo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que *consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor*.

<sup>17</sup> STEDH de Estrasburgo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz vs Países Bajos*. Sentencia citada en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013, rec. 2248/201. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 823/2012. *La Ley* 2013/2328.

<sup>18</sup> STEDH, Sección 4.<sup>a</sup>, de 11 de enero de 2011, rec. 49868/2008. Núm. de Recurso: 49868/2008. *La Ley* 2011/2716. Caso *Bordeianu contra Moldavia*.

<sup>19</sup> STEDH, Sección 3.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2009, rec. 8673/2005. Núm. de Recurso: 8673/2005. *La Ley* 2009/320930.