

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia*

Completion of the testamentary service for the inheritance of minors
por

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

RESUMEN: El principio general de derecho del interés del menor se establece como principio general prioritario frente a otros. En este pequeño estudio se aborda el análisis de este principio general en el que se incardinan los derechos fundamentales relativos al menor desde los diferentes órganos judiciales establecidos para la defensa de los derechos e intereses legítimos del menor y la tutela de esos derechos e intereses legítimos en relación con las Leyes internas (nacionales y autonómicas) y con el Derecho comunitario y los demás principios generales con los que podría colisionar.

ABSTRACT: The general principle of law in the child's interest is established as one of the utmost priority. This brief study deals with the analysis of the general principle in which the fundamental rights of minors are embodied. This is done from the point of view of different courts established to defend the legitimate rights and interest of the child, the protection of those and their compliance within national, regional and community laws and any other general principles they might conflict with.

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, 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 profesora doctora doña Cristina de Amunátegui Rodríguez, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

PALABRAS CLAVE: Principio General de Derecho. Importancia del interés del menor.

KEY WORDS: *General Principle of Law. Importance in the child's interest.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. MARCO JURÍDICO.—II. EL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL INTERÉS DEL MENOR.—III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.—IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.—V. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. MARCO JURÍDICO

El artículo 1.1 CC indica que *las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*. Como es sabido, tras nuestra inclusión en la UE se incluye dentro del rango jerárquico de las normas el Derecho de la UE. También los Convenios Internacionales, una vez se hayan cumplido las formalidades establecidas en los artículos 93 a 96 CE forman parte de nuestro ordenamiento. Por otro lado, el apartado 4º de dicho artículo 1 CC establece que independientemente del carácter informador que tienen *los principios generales del Derecho* de todo el ordenamiento jurídico, al tratarse de fuentes supletorias de Derecho de segundo grado, serán de aplicación en defecto de ley o costumbre. Así pues los principios generales del Derecho son alegables como norma de aplicación a toda relación jurídica, en defecto de ley o costumbre, constituyendo su infracción motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación¹.

Realizamos estas precisiones porque el principio objeto de análisis, como vamos a ir observando en las siguientes páginas se configuró primero en los Tratados Internacionales, aparece posteriormente en la jurisprudencia europea y más tarde, se integra a través de la ley de protección jurídica del menor de 1996, siendo desde ese momento el eje fundamental en la jurisprudencia del TS y a su vez la razón de las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia y de las Audiencias. Además hoy toda norma de Derecho de Familia lo menciona expresamente y lo incluye desde su Exposición de Motivos hasta su articulado, como fundamento de la misma, como vamos a probar con los anteproyectos y proyectos que se están fraguando en estos momentos.

Así pues, el beneficio del menor se considera como un principio prioritario a otros intereses, por muy legítimos que sean².

El interés del menor es un principio general de Derecho y a su vez se ha convertido en una regla basada en el reconocimiento de la dignidad del menor como sujeto necesitado de protección en todos los ámbitos, lo que a su vez afecta a sus relaciones con terceros, e indirectamente al sistema económico.

La expresión latina *favor filii, o bonum filii* significa a favor del hijo o del menor y alude a aquel principio informador que vincula tanto a la producción normativa como a las resoluciones de los tribunales en materias donde aparezcan los menores³. La aplicación de dicho principio supone que los intereses

en juego en un procedimiento no pueden ser indiferentes para el legislador, y en su caso el juzgador, sino que entre ellos debe primar el interés preferente del menor.

En nuestro ordenamiento, el principio se recoge en la Ley Orgánica 1/96, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en los artículos 90, 91, 92, 94 CC en consonancia con el artículo 39 CE, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, (en el año 1959 de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas), la cual tuvo su origen en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 1924, y recoge 10 principios⁴. Tras dicha Declaración, se firmó la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990⁵. Sin olvidar su inclusión también en la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967⁶, y el Convenio de La Haya de 1996⁷.

Pensemos, por ejemplo, en la custodia compartida: la misma filosofía se encuentra en el artículo 92 del Código Civil⁸, en el Código Civil catalán⁹ y en las normas autonómicas sobre custodia compartida de Aragón¹⁰, Valencia¹¹ y Navarra¹². Aunque en cada una de estas leyes la aproximación a la custodia compartida es diferente.

En Cataluña no se establece preferencia por la guardia y custodia compartida, sino que se acuerda en el plan de parentalidad si los padres así lo pactan salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo.

En Aragón y en Valencia se dispone, sin embargo, la preferencia de la guardia y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos.

En Navarra la ley tampoco se decanta por la preferencia de la custodia compartida dejando plena libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida.

Por otro lado debemos recordar cómo a partir de la STS de 8 de octubre de 2009¹³, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia¹⁴.

En última instancia debemos tener presente el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio, del Ministerio de Justicia, de 2013, que en su Exposición de Motivos expresamente señala que «La protección del interés superior del menor tendrá como finalidad asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del niño, así como su desarrollo integral»¹⁵.

En resumen, el interés del menor ha pasado de ser una mera declaración de derechos establecidos en los tratados internacionales, cuyo origen se haya en la Declaración de los Derechos del Niño, a tener posteriormente obligatoriedad propia tras la Convención sobre los derechos del niño, donde realmente se considera a los menores como sujetos de protección, y finalmente a ser un principio básico con efectividad práctica en el Derecho Europeo con su traslado a todos los derechos de los estados miembros, y consecuentemente en nuestro ordenamiento jurídico.

Estas consideraciones han tenido su eco en la jurisprudencia del TEDH, y también ha originado diversas decisiones judiciales del TJUE que ha incidido en nuestra jurisprudencia. Pues al formar parte de nuestro ordenamiento los principios existentes en los tratados internacionales son de efectivo cumplimiento por los órganos judiciales a través de los cuales los menores ven protegidos sus derechos e intereses legítimos.

Sin ánimo de ser exhaustivos, por la limitación del trabajo, consideramos conveniente referirnos a varias sentencias que resuelven diferentes problemas planteados ante los Tribunales donde prima el principio objeto de análisis. Son precisamente los Tribunales quienes invocan este principio, que está plenamente de actualidad precisamente por la evolución legislativa y continua que se está produciendo con carácter progresivo en nuestro ordenamiento jurídico.

II. EL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL INTERÉS DEL MENOR

El Tribunal de Derechos Humanos se ha pronunciado en multitud de ocasiones en relación con el principio general del interés superior del menor, en diferentes ámbitos.

Desde 1987¹⁶, momento del que tenemos constancia que comenzó a tomar fuerza dicho principio, la evolución del mismo se ha gestado en diferentes ámbitos como el del *derecho al respeto a la vida familiar* fundamentado en el artículo 8 del Convenio (derecho a adoptar¹⁷, privación de la custodia de la hija sin que constituya una injerencia en su vida familiar¹⁸, excepcionalidad de la ruptura del vínculo familiar y necesaria devolución de la custodia de la menor por parte de los abuelos al padre¹⁹, secuestro internacional de menores por sus propios padres²⁰, exclusión del derecho de visita de sus hijos menores por razón de la enfermedad mental del padre²¹ medida de alejamiento de una hija respecto a su padre, e internamiento en un centro de acogida, por sospechas de existencia de abusos sexuales²²) o conectando el *derecho al respeto a la vida privada y familiar con la prohibición de discriminación* (imposición de restricciones en los derechos de visita a su hijo, para una mujer transexual, protegiendo el interés superior del niño)²³, o relacionando el *derecho al respeto a la vida privada y familiar* con el principio de igualdad del artículo 14 combinado con el artículo 8 del Convenio (excesiva edad de la recurrente para la realización de la segunda adopción)²⁴.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

También en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se superpone el interés del menor al de cualquier otro. Por ejemplo, en cuestiones *matrimoniales y de responsabilidad parental* la STJUE, Sala Tercera, de 1 de julio de 2010²⁵, considera que se produce un traslado ilícito de menores y se ordena su restitución en base al artículo 10 del Reglamento 2201/2003 CE al afirmar que «una medida provisional no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», a efectos de la disposición, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente»²⁶. Se declara la improcedencia de la denegación de la ejecución de una resolución certificada, en

el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecidas tras haberse dictado, podría suponer un *grave menoscabo del interés superior del menor*.

En idéntico sentido se pronuncia la Sala Tercera, del TJUE en sentencia de 23 de diciembre de 2009²⁷, también en el supuesto de unas medidas provisionales sobre el *derecho de custodia en caso de traslado ilícito del menor por uno de los progenitores*.

El artículo 20 del Reglamento 2201/2003 CE, no permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de *responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor* que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.

La STJUE, Sala Tercera, de 2 de abril de 2009²⁸, toma como requisitos a la hora de determinar la guarda de menores y el acogimiento fuera del domicilio familiar, a fin de determinar la residencia habitual del menor: *La duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado*.

Además «en situaciones de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, aun no siendo competentes para conocer del fondo del asunto, pueden adoptar medidas provisionales como la guarda de menores previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado y la obligación de informar al órgano competente respecto a la medida adoptada cuando la *protección del interés superior del menor* lo exija.»

La STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010²⁹, aborda la cuestión de la *custodia* de un hijo de una ciudadana alemana y un nacional español bajo el prisma del interés superior del menor³⁰.

También la STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010³¹, refuerza la supresión del exequáutur en materia de *desplazamiento ilícito de menores* frente a la alegación de vulneración de derechos fundamentales del menor.

El Tribunal ordena la ejecución de la resolución judicial que ordena la restitución del menor, certificada por el órgano jurisdiccional competente del Estado de origen conforme al artículo 42 del Reglamento. No puede oponerse a dicha ejecución el órgano jurisdiccional competente del Estado de ejecución por estimar que el órgano judicial del Estado de origen ha vulnerado dicho artículo 42 *al no haberse dado al menor la posibilidad de audiencia*. Existe competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen para apreciar tal vulneración.

La STJUE, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2010³², analiza un litigio entre los padres (no casados) de unos menores que se hallan en Inglaterra actualmente con su madre, en relación con la restitución de los mismos a Irlanda y la interpretación del Reglamento en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedite la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer *ilícito el traslado del menor* por su madre.

o la no restitución de este, de acuerdo con los artículos 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que proclaman el derecho al respeto de la vida privada y familiar y los derechos del menor.

Aquí la STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010³³, resuelve sobre la *residencia habitual de un lactante* a efectos de competencia para decidir sobre su custodia. Entiende por «residencia habitual» del menor el lugar que revela una cierta integración del niño en un entorno social y familiar, y en este caso el lactante se encuentra con su madre tan solo desde algunos días antes en otro Estado miembro distinto del de su residencia habitual al que ha sido trasladado.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

La STC 141/2000, de 29 mayo, califica la normativa referida al interés del menor con características de orden público y como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional».

Principio que ha sido estudiado y tenido en cuenta en alguna de sus decisiones judiciales, generalmente supuestos de declaración de desamparo del menor y posterior adopción.

Así, la STC, Sala Primera, 143/1990 de 26 septiembre de 1990³⁴, estima la queja de amparo y reconoce que para darse una tutela judicial efectiva es especialmente necesaria la comparecencia y la audiencia de los padres biológicos, en un caso de adopción plena, ya que la omisión de la mínima diligencia judicial que la impide les coloca en situación de indefensión.

Por otro lado la STC, Sala Primera, 298/1993 de 18 de octubre de 1993³⁵, niega la existencia de indefensión en un procedimiento para la declaración de desamparo de un menor y asunción de la tutela administrativa. La situación de desamparo del hijo de la demandante, y la tutela ejercida por la Junta de Andalucía es necesaria en base al interés del menor.

La STC, Sala Segunda, 187/1996 de 25 de noviembre de 1996³⁶, declara la vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el artículo 24.1 CE, en un supuesto donde se analiza si se vulnera el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por el abuelo materno de los dos menores, que se opone a la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia (DGAÍ), que les declaraba en situación de desamparo y asumía su tutela, y, a su vez, iniciaba los trámites de acogimiento familiar preadoptivo de los dos menores con familia ajena, suspendiendo las visitas con su familia biológica³⁷.

La STC, Sala Primera, 114/1997 de 16 de junio de 1997³⁸, analiza un supuesto de amparo de una madre biológica en un procedimiento de adopción por un matrimonio que lo tiene en guarda y, posteriormente, en acogimiento alegando la vulneración de varios de los derechos que reconoce y protege el artículo 24 CE (porque en el procedimiento se le ha impedido ejercer sus derechos a la defensa, a la asistencia letrada, a la prueba y, en general, a un proceso con todas las garantías...)³⁹.

Incluso el ATC, Sala Primera, 28/2001 de 1 de febrero de 2001⁴⁰, determina que el interés del menor es cuestión de jurisdicción ordinaria y consiguientemente no hay potestad revisora del Tribunal Constitucional⁴¹.

V. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Comenzamos este apartado tan importante mencionando la magnitud del principio del *interés del menor en la fijación de doctrina jurisprudencial* establecida por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009, en relación con la *declaración de desamparo de menores*⁴².

El Tribunal Supremo establece como doctrina dos cuestiones, primero, que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Y segundo, el modo en que *debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias* que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

El *favor filii* en este tema tan importante ha sido tenido en cuenta en sentencias posteriores como en la de la Sala Primera, de lo Civil, de 21 de febrero de 2011⁴³, que estima la oposición a la resolución administrativa que declaraba al menor en situación de desamparo. De manera que se acuerda que sea el padre biológico quien ostente la guarda y custodia de su hijo, en base al valor superior del niño, excluyéndose a la madre por ser inhábil para la educación del menor teniendo en cuenta sus condiciones personales. El padre tiene una vida relativamente adaptada, siendo beneficioso para el menor su reinserción en su propia familia. No obstante se trata de una atribución condicionada, ya que deben ser los Servicios Sociales los que deben llevar a cabo un seguimiento de la evolución del menor.

Definitivo resulta el principio general del interés superior del menor en la *declaración de la privación de la patria potestad* de los padres biológicos sobre su hijo declarado en situación de desamparo y en la actualidad en situación de acogimiento preadoptivo supuesto que fue objeto de análisis por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de junio de 2014⁴⁴. Los progenitores incumplieron de forma grave y reiterada sus deberes, ya que el niño estaba incurso en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección (sufría lesiones relevantes y poco frecuentes y un severo retraso del proceso madurativo con estado de privación afectiva) de ahí que la Administración tuviera que intervenir alertada por los servicios médicos. La privación de la patria potestad se declara porque no se han modificado las circunstancias tenidas en cuenta al declararse su desamparo puesto que los padres no están capacitados para atender a su hijo y además el menor está totalmente integrado con sus padres acogedores.

El incremento de la inestabilidad familiar y la posterior ruptura tanto del matrimonio como de las uniones de hecho ha dado lugar a que los temas que más han sido objeto de análisis por el Alto Tribunal sean los referidos a *la guarda y custodia*, y especialmente, el *supuesto de la custodia compartida*, siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

Así, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2011⁴⁵, declara la *denegación de la guarda y custodia compartida* por no convenir al interés primordial de los menores. La excepcionalidad de este tipo de guarda y custodia según el artículo 92.8 CC, se refiere a que *puede ser adoptada por el juez a falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas para acordarla*. Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, sino que solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

También la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de abril de 2012⁴⁶, deniega la constitución de la guarda y custodia compartida en este caso en base a que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, lo que no ocurre en el caso de autos.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de mayo de 2012⁴⁷, casa la sentencia de apelación por considerar precisamente que *en ella no se tuvo en cuenta, más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre*. De manera que procede a su concesión dejando la determinación de su ejercicio para la ejecución de la sentencia, con ajuste a las bases fijadas por el Tribunal Supremo.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2011⁴⁸, mantiene la continuidad de la guarda y custodia compartida de la menor establecida en instancia por considerar que la medida no tiene carácter *excepcional y restrictiva*, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, teniendo en cuenta siempre el principio del interés de la menor⁴⁹.

Es tanta la importancia y prevalencia de este principio jurídico como ha indicado la Sala Primera del TS en Sentencia de 20 de noviembre de 2013⁵⁰, que ante la inestabilidad emocional de la madre y tras una modificación de medidas se atribuye al esposo tanto la guarda y custodia de la hija adoptada por la pareja como la de la otra niña cuya filiación paterna, tras la impugnación judicial realizada por el esposo, había quedado determinada en favor de un tercero. Así se declaró por el Juzgado de primera instancia, y fue revocado por la sentencia de la AP que asignó a la madre la guarda y custodia de ambas niñas, sin señalar régimen de visitas a favor del esposo respecto de la niña cuya paternidad no le correspondía. Pero el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el esposo confirmando la del Juzgado.

La Sala partiendo de que lo que ha de prevalecer es el interés superior de la menor, señala que la inexactitud en la determinación de la paternidad no impide el derecho a tener contacto entre padre y menor cuando toda la prueba valorada pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de la relación familiar existente entre ambos.

Por ello el Alto Tribunal tiene en consideración que la menor ha permanecido con el esposo largo tiempo⁵¹, y, precisamente por el interés público que informa estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad, instaura *una medida intermedia y extraordinaria* que, si bien no está contemplada entre las que pueden adoptarse en el artículo 92 CC con carácter definitivo en los procesos matrimoniales, permite atender a la *protección del interés de ambas hermanas*, que han convivido juntas tanto bajo la guarda y custodia del recurrente como de la recurrida, y que vuelven a estar juntas en una situación estable y adaptada a la unidad familiar formada por el recurrente y su nueva esposa, con la que tiene un hijo de corta edad, teniendo como tiene este capacidad para asumir el cuidado de las menores, sin perjuicio de que la medida pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego.

La ruptura matrimonial o de las simples uniones de hecho trae consigo también el problema de la *vivienda familiar*, más aun en estos tiempos de crisis económica. La *atribución del uso* de la misma ha sido objeto también de un pormenorizado estudio jurisprudencial.

En 2002, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de julio⁵² afirmó el derecho de la hija menor de edad nacida de una unión no matrimonial al *uso de la vivienda familiar* mientras conviva con la madre y en tanto carezca de recursos propios e independientes. *La tutela del menor afectado es el bien que se debe garantizar en todo caso mediante la compulsa judicial de la observancia de sus derechos.*

También en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011⁵³, continúa con dicha doctrina y confirma la aplicación analógica, para el supuesto de una unión no matrimonial, del artículo 96 CC, que establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Se trata de una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras como la realizada por el tribunal de apelación, que impuso un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes». El artículo 96.1 CC no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo.

Así pues con esta sentencia el TS formula como doctrina que 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 artículo 96 CC.

También la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 2012⁵⁴, atribuye el uso de la vivienda familiar al hijo sin límite temporal en aplicación de la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 96 CC en el sentido de la protección del interés del menor.

Un caso muy especial se analiza en el supuesto de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de octubre de 2011⁵⁵. En ella se atribuye el uso de la vivienda familiar de forma temporal a la menor y a su madre que ejerce la guarda y custodia. En este caso la vivienda pertenece a los padres del esposo pero además los cónyuges disponen de otra vivienda en propiedad que tienen alquilada a un tercero.

Se establece como plazo del uso de la vivienda perteneciente a los abuelos hasta el momento de rescisión del contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de los cónyuges o el momento en el que la desalojen los inquilinos si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato. A partir de ese momento la esposa habrá de ocupar como vivienda habitual la que es propiedad de ambas partes, debiendo abandonar inmediatamente la vivienda propiedad de los padres del marido.

Además el TS afirma como doctrina jurisprudencial que *el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.*

Resulta interesante recordar que debe darse la preeminencia del principio del *bonum filii* en toda filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, en un tema tan importante como es el del *derecho de comunicación y visitas, sin olvidar el derecho a continuar con las relaciones personales del menor y sus allegados.*

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009⁵⁶, en relación con el régimen de visitas entiende que no cabe la impugnación de la supresión por el tribunal de apelación de la medida relativa a la pernocta de la hija menor en el domicilio del padre dos días entre semana por suponer una custodia compartida no acordada por los progenitores ni aconsejada por el equipo psicosocial del juzgado.

El Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador la normativa relativa al interés del menor debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales. Lo que significa que debe delimitar la realidad en cada caso concreto y determinar cuál es el interés del menor.

La STS, Sala Primera, de lo Civil de 12 de mayo de 2011⁵⁷, establece un régimen de *relaciones personales entre un menor y la excompañera de su madre biológica*, por aplicación del principio constitucional de protección del menor, puesto que aquella tiene la categoría jurídica de «*allegado*» a la que alude el artículo 160 CC, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el niño. La extensión del derecho del menor de relacionarse con sus allegados es una cuestión que debe ser decidida por el juez en base a las circunstancias.

La ruptura familiar trae consigo también el problema de los *alimentos y su cuantificación*.

La Sala Primera del Alto Tribunal impone el principio general objeto de nuestra atención para la resolución de cuestiones relativas a *alimentos* (muy conectadas a los desajustes producidos por la crisis económica). La sentencia de 10 febrero de 2014⁵⁸, afirma que en la modificación de medidas relativa a alimentos, debe probarse por el progenitor alimentante que ha tenido lugar una alteración sustancial de circunstancias tenidas en cuenta al cuantificarse la pensión alimenticia en el convenio regulador, homologado judicialmente pues es en ese momento cuando se valoró el interés de los menores y en este momento no se justifica la vulneración de la doctrina sobre el *favor filii*.

Por otro lado, también se acude al criterio del *bonum filii* para reafirmar la *cuantificación de la pensión* que no puede ser objeto de modificación en casación salvo que resulte vulnerado el principio de proporcionalidad, y elevar su importe a abonar por el padre en favor de su hijo en atención a los gastos y necesidades del menor alimentista y a los ingresos del progenitor alimentante (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de marzo de 2014)⁵⁹.

Por último indicar que el alcance del principio llega también a otros temas fuera del alcance de la familia, como ocurre en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de mayo de 2013⁶⁰, donde el Alto Tribunal se decanta por la *prevalecia del interés del menor sobre el derecho a la información*, tras haberse producido la inclusión en el video de una campaña electoral la imagen de un niño grabada previamente por la televisión pública cuando cubrió el acto de inauguración de una escuela a la que acudieron personalidades políticas. Su imagen era irrelevante para la información que se daba y su anonimato debió quedar garantizado. En todo caso, tratándose de menores, la difusión de cualquier imagen de estos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLAS ORBAN J. M: «La fundamentación del recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, 1989, pág. 832, tomo 3, Editorial La Ley. La Ley 16640/2001.
- MARTÍNEZ MORA, G: «*Favor Fili*» en *Enciclopedia Jurídica*. La Ley 2562/2008.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STEDH, Sección 2^a, de 10 de julio de 2012, rec. 4320/2011. La Ley 133082/2012. Caso B contra Bélgica.
- STEDH, Sección 3^a, de 30 de noviembre de 2010, rec. 35159/2009. La Ley 231520/2010. Caso P. V. contra España.
- STEDH, Sección 1^a, de 10 junio de 2010, rec. 25762/2007. La Ley 128677/2010. Caso SCHWIZGEBEL contra Suiza.
- STEDH, Sección 3^a, de 26 de mayo de 2009, rec. 4023/2004. La Ley 205746/2009. Caso AMANALACHIOAI contra Rumanía.
- STEDH, Sección 2^a, de 24 de febrero de 2009, rec. 29768/2005. La Ley 34547/2009. Caso ERRICO contra Italia.
- STDHE, Sección 3^a, de 26 de julio de 2007, rec. 35109/2002. La Ley 139567/2007. Caso SCHMIDT contra Francia.
- STDEH, Sección 5^a, Sentencia de 10 de mayo de 2007, rec. 76680/2001. La Ley 52448/2007. Caso SKUGOR contra Alemania.
- STEDH, Sección 2^a, de 22 de junio de 2004, rec. 78028/2001. La Ley 147800/2004. Caso PINI, BERTANI, MANERA y ATRIPALDI contra Rumanía.
- STEDH de 8 de julio de 1987.
- STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, rec. C-491/PPU/2010. Ponente: TIZZANO, A. La Ley 217545/2010.
- STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, rec. C-497/PPU/2010. Ponente: LEVITS, E. La Ley 217546/2010.
- STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010, rec. C-296/2010. Ponente: A. ROSAS. La Ley 195035/2010.
- STJUE, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2010, C-400/2010. Ponente: KOEN LENAERTS. La Ley 198981/2010.
- STJUE, Sala Segunda, de 15 de julio de 2010, rec. C-256/2009. Ponente: ROSAS, A. La Ley 104007/2010.
- STJUE, Sala Tercera, de 1 de julio de 2010, rec. C-211/201. Ponente: ENDRE JUHÁSZ. La Ley 141427/2010.
- STJUE, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 2009, rec. C-403/2009. Ponente: MALENOVSKÝ, J. La Ley 237335/2009.
- STJUE, Sala Tercera, de 2 de abril de 2009, rec. C-523/2007. Ponente: CUNHA RODRIGUES. La Ley 23067/2009.
- STJUE, Sala Tercera, de 11 julio de 2008, rec. C-195/PPU/2008. Ponente: CUNHA RODRIGUES. La Ley 152049/2008.
- STC, Sala Primera, 114/1997 de 16 de junio de 1997, rec. 71/1995. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 114/1997. La Ley 7686/1997.
- STC, Sala Segunda, 187/1996 de 25 de noviembre de 1996, rec. 1815/1994. Ponente: Fernando GARCÍA-MON y GONZÁLEZ REGUERAL. Número de sentencia: 187/1996. La Ley 507/1997.
- STC, Sala Primera, 298/1993 de 18 de octubre de 1993, rec. 1888/1992. Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 298/1993. La Ley 2341-TC/1993.
- STC, Sala Primera, 143/1990 de 26 septiembre de 1990, rec. 373/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 143/1990. La Ley 1550-TC/1990.
- ATC, Sala Primera, 28/2001 de 1 de febrero de 2001. Número de sentencia: 28/2001. La Ley 27257/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2014, rec. 718/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 315/2014. La Ley 64162/2014.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2014, rec. 2840/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 165/2014. La Ley 31837/2014.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2014, rec. 2680/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 15/2014. La Ley 17639/2014.
- STS, Sala Primera, de 20 de noviembre de 2013, rec. 83/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *Diario La Ley*, número 8228, Sección Jurisprudencia, 14 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial *La Ley*. La Ley 6803/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de mayo de 2013, rec. 1241/2010. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 311/2013. La Ley 91380/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de julio de 2012, rec. 1148/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 499/2012. La Ley 134899/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de mayo de 2012, rec. 1395/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 323/2012. La Ley 72578/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de abril de 2012, rec. 467/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 261/2012. La Ley 56727/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2011, rec. 1069/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 695/2011. La Ley 194732/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, rec. 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. La Ley 119736/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2011, rec. 1221/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 496/2011. La Ley 111554/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil de 12 de mayo de 2011, rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 320/2011. La Ley 52207/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, rec. 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. La Ley 14453/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, rec. 1186/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 84/2011. La Ley 1229/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. La Ley 192180/2009
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. La Ley 184085/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, rec. 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 565/2009. La Ley 184099/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de julio de 2002, rec. 4310/1997. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 728/2002. La Ley 130380/2002.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959.
- Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967.
- Convenio de La Haya de 1996.
- Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

- Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.
- Constitución Española en el artículo 39 CE.
- Ley Orgánica 1/96, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en los artículos 90, 91, 92, 94 CC.
- Código Civil en el artículo 92.
- Código Civil catalán en el artículo 233-11.
- Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.
- Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (DOCV núm. 6495 de 05 de Abril de 2011 y BOE núm. 98 de 25 de Abril de 2011).
- Ley foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. (Texto publicado en *BON* num. 60 de 28 de marzo de 2011).
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio, del Ministerio de Justicia, de 2013.

NOTAS

¹ BLAS ORBAN J. M.: «La fundamentación del recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, 1989, pág. 832, tomo 3, Editorial La Ley. La Ley 16640/2001.

² Estos son los principios relacionados con el interés del menor:

- La separación, divorcio y nulidad no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
 - El derecho de los hijos a ser oídos.
 - La privación de la patria potestad solo cuando en el proceso se revele causa para ello.
 - La posibilidad de los padres de acordar en el convenio regulador o el Juez decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
 - La posibilidad de acordar los padres el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos.
 - El Juez adoptará la medida de guarda y custodia compartida, previo informe del Ministerio Fiscal (no vinculante), tras oír a los menores que tengan suficiente juicio y valorar las alegaciones y pruebas realizadas.
 - La exclusión del ejercicio de la guarda y custodia conjunta por quien incurra en las causas previstas en el apartado 7º.
 - La posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida excepcionalmente por el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.
 - La posibilidad de intervención de especialistas debidamente cualificados para dictaminar sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

³ MARTÍNEZ MORA, G.: «*Favor Fili*» en *Enciclopedia Jurídica*. La Ley 2562/2008.

⁴ Sus 10 artículos hacen referencia a los siguientes derechos:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión, idioma, nacionalidad, sexo, opinión política...
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.

4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuada.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

⁵ Recordemos que tiene como fundamento la especial condición de seres humanos de los menores que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial. Es el primer tratado vinculante a nivel internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

Por ejemplo el artículo 9.1 dice que «Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño*. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño...».

9.3. «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño*.»

9.4. «Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el *bienestar del niño*. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.»

⁶ Que establece que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación».

⁷ Su objeto es «determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño;...» determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental (que comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño). Artículo 1.

⁸ Artículo 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los 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.
 8. Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Recordemos que el inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012. La Providencia TC (Pleno) de 30 de noviembre 2010, admite a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad 5755/2010 y 6817-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible vulneración de los artículos 117, 24.1, 14 y 39 CE («BOE» 13 diciembre). Cuestión de inconstitucionalidad 5755/010 (en relación con el art. 92.8 del Código Civil) Cuestión de inconstitucionalidad 6817/2010 (en relación con el art. 92.8 del Código Civil).
 9. 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.
- ⁹ Artículo 233-11 CC catalán. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda.
1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:
 - a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
 - b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
 - c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
 - d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
 - e) La opinión expresada por los hijos.
 - f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
 - g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.
 2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.
 3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios

fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

¹⁰ Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. En la propia Exposición de Motivos se concreta que «esta Ley tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, promoviendo el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer.».... «La preocupación por la protección del menor y de la familia ha sido una constante en las democracias más desarrolladas. Este principio se reconoce en el artículo 39 de la Constitución Española, y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.»

¹¹ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (DOCV núm. 6495 de 5 de abril de 2011 y BOE núm. 98 de 25 de abril de 2011). En el preámbulo se indica que «La preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar, viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.»

¹² Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. (Texto publicado en BON núm. 60 de 28 de marzo de 2011). Su preámbulo indica que «En los supuestos de ruptura de la convivencia, la guarda y custodia de los hijos comunes es uno de los asuntos más delicados a resolver. La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal.

La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.»

¹³ La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, (rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 623/2009. La Ley 192180/2009), analiza el supuesto de otorgar la custodia compartida de un menor tras la ruptura de la unión matrimonial de sus padres.

El Tribunal entiende que ha habido una falta de motivación de la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida únicamente en base a la falta de conocimiento del domicilio de los padres, lo que no es cierto, y en la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes. Exige, además, la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia de apelación, para que vuelva a dictarse sentencia que argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida.

¹⁴ Dice la STS que «Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando 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 y con otras personas

que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.»

¹⁵ En la Exposición de Motivos se indica que «La presente reforma pretende asumir plenamente los presupuestos antes mencionados, sin perjuicio de las especialidades de las Comunidades Autónomas en las que existe un Derecho Civil Foral propio y, para garantizarlos adecuadamente, se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial (arts. 770 y 777 LEC), y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (arts. 90 y 91 CC), a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.»

¹⁶ STEDH de 8 de julio de 1987. La Ley 3663/1987. La cuestión a zanjar en tal procedimiento consiste en la restitución de los derechos paternos relativos a la custodia y al control del menor. Considera el Tribunal que la determinación del derecho paterno se cuestiona igualmente cuando, durante la vigencia de la orden o resolución, un padre aduce que la continuación o renovación de las visitas repercute en el interés del menor.

¹⁷ STEDH, Sección 2^a, de 22 de junio de 2004, rec. 78028/2001. La Ley 147800/2004. Caso PINI, BERTANI, MANERA y ATRIPALDI contra Rumanía. Se analiza el derecho a adoptar. Se produce un rechazo de las menores a partir para Italia para reunirse con sus padres adoptivos. Las autoridades no están obligadas a asegurar la salida de las menores hacia Italia contra su voluntad e ignorando los procedimientos judiciales pendientes, dirigidos a poner en cuestión la legalidad y el fundamento de las decisiones iniciales de adopción en base a la prevalencia del interés de las menores.

¹⁸ STDHE, Sección 3^a, de 26 de julio de 2007, rec. 35109/2002. La Ley 139567/2007. Caso SCHMIDT contra Francia. Se estudia si se debe declararse la privación de la custodia de la hija sin que constituya una injerencia en su vida familiar. Justificación de la adopción de medidas de protección de la menor en base a su interés superior ante la existencia de circunstancias familiares que pudieran comprometer gravemente el equilibrio psicológico y el desarrollo de la niña ya que se ha producido una falta de cuidados y de educación de la niña, siendo sometida incluso a malos tratos y la existencia, además, de una enfermedad mental por el padre. Se resuelve declarando la inexistencia de vulneración del artículo 8 del Convenio y la prevalencia del interés de la menor sobre el de los padres a la reunificación familiar.

¹⁹ STEDH, Sección 3^a, de 26 de mayo de 2009, rec. 4023/2004. La ley 205746/2009. Caso AMANALACHIOAI contra Rumanía. Tras haberse producido el no reintegro de una hija con el padre titular de la custodia por parte de los abuelos maternos, tras un período temporal por vacaciones en que la menor se había trasladado con ellos se alega la pasividad de las autoridades que consolida una situación ilícita. Se alega el incumplimiento por las autoridades del principio del interés del menor que requiere que solo circunstancias muy excepcionales puedan llevar a una ruptura de una parte del vínculo familiar y que deban adoptarse por su parte todas las medidas necesarias para mantener las relaciones personales y, en su caso, reconstituir el vínculo familiar. Las autoridades penales han dictado su decisión definitiva dos años y medio después de la denuncia del recurrente contra los abuelos, que se negaron a ejecutar tanto la decisión cautelar como la decisión judicial definitiva. Se declara que hay un perjuicio para el padre que se ha visto imposibilitado para ejercer sus derechos parentales, para participar en la educación y desarrollo de su hija y para tener contacto con ella. Vulneración del artículo 8 del Convenio.

²⁰ STEDH, Sección 2^a, de 10 de julio de 2012, rec. 4320/2011. La Ley 133082/2012. Caso B. contra Bélgica. Ante un supuesto de secuestro internacional de menores por su propia madre y la existencia de una orden de regreso a EEUU, decretada por la jurisdicción belga, de una menor cuya patria potestad y custodia les fue atribuida de forma compartida a ambos progenitores, y que fue trasladada a Bélgica por la madre sin permiso del padre ni del juez. El regreso forzoso no puede considerarse necesario en una sociedad democrática y habría violación del artículo 8 del Convenio si la decisión que ordena el regreso fuera ejecutada. El interés del menor exigía no separarle de su madre por el hecho de que esta era la única persona de referencia en el plano afectivo y tal separación podía tener consecuencias nefastas sobre el desarrollo psicológico de la niña. Decisión del tribunal en contra del dictámen del MF que, sospechando un riesgo de situación intolerable, había recomendado proceder a investigaciones suplementarias pronunciándose en contra del regreso inmediato.

²¹ STDEH, Sección 5^a, Sentencia de 10 de mayo de 2007, rec. 76680/2001. La ley 52448/2007. Caso SKUGOR contra Alemania. Exclusión del derecho de visita de sus hijos menores por razón de la enfermedad mental del padre. La injerencia de las autoridades internas en la vida familiar del recurrente está prevista legalmente y resulta necesaria en una sociedad democrática. Prevalencia del interés superior de los menores. Consta acreditado el trauma de los hijos por el comportamiento del padre cuando se encontraba bajos los efectos de su enfermedad psíquica. Rechazo del recurrente de someterse a control médico de su padecimiento y falta de presentación de alegaciones escritas en defensa de sus intereses en las distintas audiencias públicas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima la no vulneración del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos por exclusión temporal del derecho de visitas del padre respecto de sus hijos.

²² STEDH, Sección 2^a, de 24 de febrero de 2009, rec. 29768/2005. LA LEY 34547/2009. Caso ERRICO contra Italia. Medida de alejamiento de una hija respecto a su padre, e internamiento en un centro de acogida, por sospechas de existencia de abusos sexuales. Justificación, en interés de la menor, del carácter urgente y no contradictorio de la medida, que legitimaba la suspensión del derecho a la patria potestad y el derecho de visita del recurrente así como la injerencia en el derecho del interesado al respeto de su vida familiar. Retraso injustificado en la conclusión de la investigación sobre los supuestos abusos que impide el restablecimiento de la vida familiar. Dilación de quince meses en resolver el sobreseimiento y archivo de la causa solicitado por la Fiscalía que han impedido restaurar la vida familiar del recurrente con su hija, en interés de ambos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio.

²³ STEDH, Sección 3^a, de 30 de noviembre de 2010, rec. 35159/2009. La Ley 231520/2010. Caso P. V. contra España. Discriminación por razón de sexo. Transexualidad. Modificación del régimen de visitas al hijo de la recurrente por su condición de transexual. Justificación por la protección de los intereses del hijo menor ante la inestabilidad psicológica del progenitor. El Tribunal estima que para las jurisdicciones españolas la transexualidad de la demandante no era el motivo determinante de la restricción del régimen de visitas inicial y lo que han tenido en cuenta es la situación de inestabilidad emocional, primando el interés superior del menor, por lo que constata la inexistencia de una violación del artículo 8 combinado con el artículo 14 del Convenio.

²⁴ STEDH, Sección 1^a, de 10 junio de 2010, rec. 25762/2007. La Ley 128677/2010. Caso SCHWIZGEBEL contra Suiza. Discriminación por razón de edad. Prohibición de una segunda adopción en atención a la excesiva edad de la solicitante. Inexistencia de diferencia de trato operada por el Estado en situaciones análogas o comparables. Existencia de un fundamento objetivo y razonable para rechazar la autorización. La diferencia de edad entre la recurrente, de 49 años, y el niño a adoptar, se situaría entre 46 y 48 años, lo que se considera excesivo, y en ningún caso compatible con el interés del menor. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la inexistencia de vulneración del artículo 14 que garantiza la prohibición de discriminación, combinado con el artículo 8 que establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar, a pesar de la prohibición de las autoridades a una segunda adopción de la recurrente motivada en su excesiva edad.

²⁵ STJUE, Sala Tercera, de 1 de julio de 2010, rec. C-211/ 201. Ponente: ENDRE JUHÁSZ. La Ley 141427/2010. Litigio entre los padres de una menor en relación con la restitución a Italia de la niña, que se halla en Austria con su madre, y con el derecho de custodia.

²⁶ «Una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor.»

²⁷ STJUE, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 2009, rec. C-403/2009. Ponente: J. MALENOVSKÝ. La Ley 237335/2009.

²⁸ STJUE, Sala Tercera, de 2 de abril de 2009, rec. C-523/2007. Ponente: CUNHA RODRIGUES. La ley 23067/2009.

²⁹ STJUE, Sala Segunda, de 9 de noviembre de 2010, rec. C-296/2010. Ponente: A. ROSAS. La Ley 195035/2010.

³⁰ El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del Reglamento 2201/2003 CE del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. El hecho de que se inicie ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento de medidas provisionales o de que se adopte una resolución en el marco del mismo y que no se desprenda de la demanda, o de la resolución, que dicho órgano es competente en el sentido del Reglamento, no excluye necesariamente que exista, según lo permita el Derecho nacional de ese Estado, una demanda sobre el fondo vinculada a la demanda de medidas provisionales y que contenga datos que demuestren que el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el asunto es competente. Continuación del examen de la demanda por el segundo juez cuando, a pesar de los esfuerzos realizados para recabar información de la parte que alega la litispendencia, del primer órgano jurisdiccional y de la autoridad central, y tras esperar respuesta durante un plazo razonable, no dispone de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de la demanda interpuesta ante ese otro órgano jurisdiccional y que demuestre la competencia del mismo, y cuando el interés del menor exija la adopción de una resolución judicial que pueda ser reconocida en otros Estados miembros distintos del Estado miembro del segundo órgano jurisdiccional.

³¹ STJUE, Sala Primera, de 22 Dic. 2010, rec. C-491/PPU/2010. Ponente: TIZZANO, A. La Ley 217545/2010. No devolución por la madre que actualmente vive en Alemania con la hija al padre custodio que vive en España tras pasar con aquella unas vacaciones.

³² STJUE, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2010, C-400/2010. Ponente: KOEN LENAERTS. La Ley 198981/2010.

³³ STJUE, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2010, rec. C-497/PPU/2010. Ponente: LEVITS, E. La Ley 217546/2010. El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del Reglamento 2201/2003 CE del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que se presentó en el marco del litigio suscitado entre los padres de una menor sobre el derecho de custodia sobre la misma.

³⁴ STC, Sala Primera, 143/1990 de 26 septiembre de 1990, rec. 373/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 143/1990. La Ley 1550-TC/1990.

³⁵ STC, Sala Primera, 298/1993 de 18 de octubre de 1993, rec. 1888/1992. Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 298/1993. La Ley 2341-TC/1993.

³⁶ STC, Sala Segunda, 187/1996 de 25 de noviembre de 1996, rec. 1815/1994. Ponente: Fernando GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL. Número de sentencia: 187/1996. La Ley 507/1997.

³⁷ Es precisamente el abuelo quien en su escrito recuerda la especial protección que debe otorgarse en la litis al interés superior de los menores.

³⁸ STC, Sala Primera, 114/1997 de 16 de junio de 1997, rec. 71/1995. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 114/1997. La Ley 7686/1997.

³⁹ No resulta ocioso recordar que los riesgos de que la actuación de los poderes públicos, en situaciones percibidas como de desamparo de menores, pueda producir la indefensión de alguna de las personas concernidas, son riesgos previstos por el legislador. En la Ley del Menor, aprobada por LO 1/1996 de 15 Enero, se han reforzado algunas de las garantías

que protegen a los afectados por las resoluciones públicas en esta materia. Dadas las consecuencias decisivas que acarrea la declaración de que un menor se encuentra desamparado, es especialmente significativo que ahora la entidad pública está legalmente obligada no solamente a notificar la resolución correspondiente a los padres del menor, en un plazo de 48 horas; también debe informarles «de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada» (art. 172.1.1 CC).

⁴⁰ ATC, Sala Primera, 28/2001 de 1 de febrero de 2001. Número de sentencia: 28/2001. La Ley 27257/2001.

⁴¹ Ahora bien, la determinación de cual sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamenta en los términos indicados.

⁴² STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos, rec. 247/2007. Número de sentencia: 565/2009. La Ley 184099/2009.

⁴³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, rec. 1186/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 84/2011. La Ley 1229/2011.

⁴⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2014, rec. 718/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 315/2014. La Ley 64162/2014.

⁴⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, rec. 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. La Ley 119736/2011.

⁴⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de abril de 2012, rec. 467/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 261/2012. La Ley 56727/2012.

⁴⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de mayo de 2012, rec. 1395/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 323/2012. La Ley 72578/2012.

⁴⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 Jul. 2011, rec. 1221/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 496/2011. La Ley 111554/2011.

⁴⁹ El Fundamento 4º expone con claridad cuáles son los criterios interpretativos para continuar con la guarda y custodia compartida: «Esta motivación no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque no se expresa de forma clara cuales son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja. Solo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; b) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está próximo; c) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona «un alto nivel de satisfacción de la menor cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares» y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que el argumento acerca de la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños, que no se conoce al no haberse efectuado un examen de los mismos en el momento de dictarse la segunda sentencia.»

⁵⁰ STS, Sala 1º, de 20 de noviembre de 2013, rec. 83/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *Diario La Ley*, núm. 8228, Sección Jurisprudencia, 14 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial *La Ley*. La Ley 6803/2013.

⁵¹ Especialmente debido a la resolución dictada en el proceso penal seguido contra la madre, en la que se acordó asignar provisionalmente la guarda y custodia de las menores al esposo, con la medida cautelar de prohibir a la madre aproximarse o comunicarse con sus dos hijas, guarda y custodia que también se atribuyó al esposo en el auto de medidas provisionales. E igualmente tiene en cuenta tanto los impedimentos e incumplimientos llevados a cabo por la madre, como el hecho de que esta no se encuentra psicológicamente en condiciones de asumir estos menesteres ni de cumplir el régimen de visitas que se fije a

favor del esposo, dada su inestabilidad emocional, priorizando sus propios intereses sobre el de sus hijas.

⁵² STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de julio de 2002, rec. 4310/1997. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 728/2002. La Ley 130380/2002.

⁵³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, rec. 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. La Ley 14453/2011.

⁵⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de julio de 2012, rec. 1148/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 499/2012. La Ley 134899/2012.

⁵⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2011, rec. 1069/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 695/2011. La Ley 194732/2011.

⁵⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. La Ley 184085/2009.

⁵⁷ STS, Sala Primera de lo Civil de 12 de mayo de 2011, rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 320/2011. La Ley 52207/2011.

⁵⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 Febrero de 2014, rec. 2680/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 15/2014. La Ley 17639/2014.

⁵⁹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2014, rec. 2840/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 165/2014. La Ley 31837/2014.

⁶⁰ STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de mayo de 2013, rec. 1241/2010. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 311/2013. La Ley 91380/2013.