

*PROTECCIÓN  
DE MENORES  
EN EL DERECHO  
CIVIL ESPAÑOL*





# 5

## EL MENOR ANTE LAS CRISIS FAMILIARES

MARTA BLANCO CARRASCO

### 1 LAS CRISIS FAMILIARES

El concepto de «crisis familiar» puede tener tan variadas formas de ser entendida como tipos de familia existen, dependerá en cada caso de su propia forma de entender la convivencia así como de los compromisos asumidos a la hora de establecerla.

Es evidente que el conflicto familiar necesita ser gestionado, pero la intervención que se demande por dicha familia será diferente dependiendo de su propia percepción de la crisis, de las interacciones entre los distintos miembros de la familia y de las necesidades y recursos de la misma. Así en unos casos se solicitará una intervención terapéutica de la pareja o individual, en otros casos se solicita apoyo a la administración y en otros se solicita poner fin a la relación de pareja existente hasta el momento.

El derecho tiene como principales objetivos los siguientes:

- 1 Ofrecer la seguridad de que la ruptura de la pareja, al ser puesta en conocimiento el órgano competente y homologada por el mismo, será manifiesta en todos los ámbitos, jurídicos, sociales, sanitarios, etc.
- 2 Ofrecer a la familia los límites sobre los cuales deberán organizar su nueva forma de relación. Dentro del marco ofrecido por la legislación se podrán adoptar las soluciones que se consideren más oportunas. Esta normativa parte de que desde el momento de la crisis falta aquello que era esencial en la existencia de una pareja, que es la convivencia en armonía. Al faltar ésta las relaciones entre los distintos integrantes de la familia serán distintas, de la misma manera que el patrimonio que hasta entonces ha sido común necesita una nueva forma de gestión.

- 3 Ofrecer la garantía de una solución a dicha situación. La solución vendrá dada por los propios integrantes de la familia siempre que éstos respeten en marco legal ofrecido por nuestro ordenamiento. En el caso de que no consigan ponerse de acuerdo el procedimiento judicial asegura una solución al conflicto decidida por un tercero, el juez.
- 4 Ofrecer medidas cautelares y sanciones ante el incumplimiento de algunas de las obligaciones.
- 5 Por último, el derecho es el garante de los intereses más necesitados de protección en estos procesos, los menores, de la misma manera que facilita que todos los miembros de la familia puedan ver reflejados sus intereses en dicha ruptura, estableciendo como reglas principales de esta normativa, entre otras, la igualdad entre los miembros de la pareja y la necesidad de contemplar el interés de los menores en todas las medidas adoptadas.

Existen tres categorías de crisis reguladas por nuestro ordenamiento: la *separación, el divorcio y la nulidad matrimonial*. Las tres necesitan ser puestas en conocimiento de los tribunales o entes competentes, a través del ejercicio de la correspondiente acción procesal, y deben ser declaradas en la sentencia que concluya dicho proceso estableciendo las medidas que se consideren oportunas para la nueva situación familiar.

Mediante la **separación** los cónyuges que contrajeron matrimonio válidamente ponen de manifiesto ante el juzgado u otros órganos ahora competentes, la existencia de una situación de crisis, si bien no desean romper el vínculo matrimonial entre ellos. El vínculo conyugal se mantiene, por lo que siguen siendo cónyuges, pero serán de aplicación a partir de la sentencia una serie de normas que toman en consideración la especial situación de la familia, motivada fundamentalmente por la suspensión de la vida en común, lo cual conlleva la disolución de la sociedad de gananciales para establecer el régimen económico matrimonial de separación de bienes (art. 1435.3 CC).

El **divorcio** es una de las formas de disolución del matrimonio, junto con la muerte o la declaración de fallecimiento del cónyuge. A través del mismo se pone de manifiesto ante el juzgado que se desea poner fin a dicho vínculo. A partir de la sentencia de divorcio no existirá el matrimonio, dejando desde ese momento ser cónyuges a todos los efectos.

Con la **nulidad** matrimonial se ataca la propia existencia del vínculo matrimonial. La sentencia de nulidad determina la existencia de algún defecto esencial en el momento de la celebración del matrimonio, impidiendo que éste se contrajera válidamente, de forma que realmente nunca existió. Ahora bien, desde la celebración existía una *aparición* de matrimonio que debe ser protegida (art. 79 CC).

Mediante la *ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*,<sup>1</sup> se introdujeron dos importantísimos cambios respecto a la regulación anterior:

El primero de ellos consistió en la eliminación de una separación o divorcio causal, basados en la necesidad de probar una causa que justifique la separación o el divorcio matrimonial, pasando a una separación o divorcio libre, basado simplemente en el deseo de ruptura de una o ambas partes.

<sup>1</sup> BOE, nº 163, de 9 de julio (RCL 2005, 1471).

El segundo cambio consistió en la eliminación de la necesidad de una separación judicial previa al divorcio. La especial situación de nuestro país en el año 1981, después de una dictadura y con una tradición fundamentalmente católica, motivó que no se permitiese un acceso directo al divorcio, sino que se exigiera una previa separación judicial o de hecho durante la cual el vínculo matrimonial continúa. A partir del 2005 se eliminó esa precaución después de 25 años de experiencia, de forma que actualmente es posible decidirse desde un primer momento tanto por la separación como por el divorcio.

Posteriormente la *Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria*<sup>2</sup> (LJV), viene a introducir un elemento más en esta normativa: la desjudicialización de la separación y el divorcio. A partir de entonces se permite que los cónyuges, concurriendo determinadas circunstancias, puedan solicitar la separación o la disolución del matrimonio ante funcionarios distintos de aquellos que tienen atribuida la potestad jurisdiccional, atribuyendo al Letrado de la Administración de Justicia (antes Secretarios judiciales) y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez.

Teniendo en cuenta estas modificaciones, vamos a analizar los requisitos para solicitar tanto la separación como el divorcio según establece nuestro CC en sus artículos 81 y 86 respectivamente.

Si ambos cónyuges están de acuerdo en la nueva forma de regular su vida familiar después de la ruptura, tanto la separación como el divorcio **de mutuo acuerdo** deberán:

- Ser solicitados por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- Transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.
- Es necesario presentar propuesta de convenio regulador redactado según el artículo 90 CC.
- En relación a la competencia para conocer estos casos, con la LJV 15/2015 se ha introducido la posibilidad de que en estos procesos otros órganos tengan capacidad para decretarla además del juez. Así en caso de existir hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, la competencia para esto la tendrá exclusivamente el juez (separación o divorcio judicial), mientras que en caso de no existir hijos menores o mayores con medidas de apoyo judiciales la tendrán o bien el juez o bien los Letrados de la Administración de Justicia o los Notarios, a voluntad de las partes (separación o divorcio extrajudicial).

Los cónyuges deben intervenir en el otorgamiento del convenio regular ante notario o Letrado de la Administración de justicia de «modo personal», de forma que no es posible delegar en un representante legal. Han de acudir los dos y firmar la escritura.

Si hay hijos mayores de edad o emancipados deberán prestar el consentimiento «respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar» (art. 82 CC).

<sup>2</sup> BOE Núm. 158 Viernes 3 de julio de 2015 Sec. I. Pág. 54068.

Cuando no hay acuerdo en todos o algún aspecto de la nueva vida familiar, tanto la separación como el divorcio deberán seguir los **trámites del procedimiento contencioso**, en cuyo caso los requisitos son los recogidos en el 81.2 CC.

- Se solicitará la separación o el divorcio por uno de los cónyuges, que será el demandante.
- Transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo cuando se acredite la existencia de riesgo para la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.
- Se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.
- La competencia para conocer estos asuntos la ostenta exclusivamente el juzgado competente.

La LJV ha permitido una separación o divorcio judicial, para los casos de mutuo acuerdo con menores y/o dependientes a su cargo y casos contenciosos, pero ha introducido la posibilidad de una separación o divorcio extrajudicial, para los casos de mutuo acuerdo sin hijos menores o mayores con medidas de apoyo determinadas judicialmente que dependan de sus progenitores. Se percibe una cierta «privatización del matrimonio», siendo un instituto en el que los poderes públicos van progresivamente cediendo espacio a la autonomía de los particulares (en este caso, de los contrayentes).

Independientemente del proceso en el que se encuentren los cónyuges, será necesario que se adopten determinadas decisiones en relación a los hijos, como es lo relativo a la patria potestad y su ejercicio, el régimen de visitas y comunicación con el progenitor no custodio, los alimentos o el lugar donde van a vivir. Cuando el procedimiento sea contencioso estas medidas se adoptarán por el juez (artículos 91 y 92 CC), pero cuando sea un proceso de mutuo acuerdo lo decidirán los cónyuges a través del convenio regulador (art. 90 CC). En este caso, el acuerdo de los cónyuges deberá ser aprobado por el juez, por el Letrado de la Administración de Justicia o los notarios, pudiendo ser denegado en caso de que se considere dañoso para los menores o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. La actual redacción del art. 90 contempla el supuesto en el que, advertidos los otorgantes por el Letrado de la Administración de Justicia o el notario, del carácter dañoso o gravemente perjudicial de alguna de las cláusulas del convenio, «la aprobación de la (nueva) propuesta de convenio» corresponderá ya, exclusivamente, al Juez. El Letrado o el notario lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente, de forma que los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (art. 90.2, párrafo tercero).

## 2 EL DERECHO DE AUDIENCIA DE LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN DE SUS PROGENITORES

La regulación fundamental de esta materia viene recogida en el artículo 92 de nuestro CC y en el artículo 9 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del Menor* (en adelante LOPJM), habiendo sido ambos artículos modificados por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* y la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*.

Este derecho se identifica con la facultad que el ordenamiento jurídico otorga al menor «por ser un sujeto al que hay que conceder una especial protección, para que su opinión sea oída por la persona que ha de resolver sobre una cuestión que de forma directa o indirectamente le afecta, ara que dicha opinión sea tomada en consideración».<sup>3</sup> La LOPJM lo identifica con la necesidad de que los menores sean oídos «sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social» (art. 9). La ley 8/2021 ha venido a identificar de forma explícita en su artículo 11 el derecho de los menores que sean víctimas de violencia a ser escuchadas, estableciendo que este derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.

Ley de Enjuiciamiento Civil recoge una regulación diferente según el menor se vea envuelto en un proceso de mutuo acuerdo o contencioso:

En los *procesos de mutuo acuerdo* se establece que «si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo» (art. 777.5 LEC). Para los *procesos contenciosos* sí establece la obligación de audiencia de los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años si tienen suficiente juicio y *en todo caso si son mayores de 12 años* (art. 770 LEC).

La principal novedad de la modificación producida consiste en eliminar la obligación de que la exploración deba ser realizada en los procesos de mutuo acuerdo, en cuyo caso solo se realizarán si se considera necesario por parte del juez, si bien se ha mantenido su obligatoriedad en los procedimientos contenciosos. Parte de la doctrina, como LINACERO consideran que dicha solución legal es, a su juicio «contraria a la regulación del derecho de audiencia en la legislación internacional y nacional de menores y en el propio código civil».<sup>4</sup>

<sup>3</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2014.

<sup>4</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.: Capítulo XIII. La patria potestad, en *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA)*. Tirant Lo Blanch, tratados, Valencia, 2016, pág.. 375.

La audiencia del menor, según la redacción anterior del artículo 92 del CC, debía realizarse *si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años*. Este artículo ha sido modificado por la Ley 8/2015 afirmando las consideraciones del menor deberán ser tenidas en cuenta, en función de su edad y «madurez», en lugar de juicio, al entenderse como un término «más ajustado al lenguaje jurídico y forense» (Preámbulo II). A pesar de que la redacción del art. 92.2 del CC, que solo hace referencia a la necesidad de escuchar al menor que tenga suficiente juicio *cuando se estime necesario*, podría darnos a entender que se elimina el criterio objetivo de la edad de 12 años estableciendo como único criterio la suficiente capacidad del menor, lo cierto es que este criterio se ha mantenido en otros artículos, como el 156 y 159 del CC, por lo que debe seguir considerándose necesaria su realización cuando el menor tenga más de 12 años.

Estos requerimientos de edad, a los 12 años, contrastan con lo establecido en la Ley Orgánica 8/2021 cuando afirma en su artículo 11.1 que los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados «sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior».

En cuanto a la forma de realizar esta prueba, la LOPJM establece en su art. 9.1 in fine que la comparecencia «debe realizarse de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad». Se recoge además expresamente que el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Así mismo las comparecencias se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento».

Así mismo la ley 8/2021 establece que a la hora de escuchar al menor «se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana» (art. 11).

El juzgador goza de una gran *libertad en la forma* de realizar esta diligencia dada la falta de regulación al respecto, lo que puede dar lugar a una cierta sensación de falta de criterio. Sin embargo, y a pesar de esta amplia libertad, se ha generalizado el que no estén presentes ni los padres ni los abogados y procuradores, tratando de no influir en el menor y creando así un ambiente más propicio al diálogo. La forma habitual de realizar la exploración del menor es a través de una *entrevista personal con el juez*, a fin de recabar su opinión acerca de un asunto que le afecta directamente. También es habitual que la exploración del menor se realice a través de una *entrevista* con una serie de *profesionales cualificados* adscritos al juzgado que forman parte del Equipo psico-

social del mismo. Estos profesionales emitirán uniforme donde además de transcribir las manifestaciones del menor pudieran interpretarlas atendiendo al verdadero interés del mismo.

La característica principal de la audiencia es su *carácter no vinculante* para el juzgador. Éste ha de tener en cuenta todo lo manifestado por éste, pero además ha de tener en cuenta otros factores, como las otras pruebas practicadas, la edad del menor, la madurez, el interés del menor (que como ya manifesté antes es más bien lo que la sociedad o el propio juez considera como mejor para éste), las posibles consecuencias futuras de su decisión. De forma que lo que es imperativo para el juez es la realización de ésta audiencia cuando sea mayor de 12 años o tenga madurez suficiente, pero no será vinculante lo por el niño sea manifestado.

### 3 LAS RELACIONES PATERNO FILIALES: PRINCIPALES DIFICULTADES

#### 3.1 EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PARENTALES EN SITUACIONES DE CONSENSO

##### 3.1.1 GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y PARENTALIDAD POSITIVA

La existencia de una situación de crisis familiar, independientemente de si se trata de una separación, divorcio o nulidad, requiere la adopción de una serie de medidas que permitan regular la vida familiar a partir de la constatación de la ruptura.

Entre las principales medidas a adoptar se encuentran las relativas a los hijos, tanto los mayores como los menores de edad. Estas medidas podrán ser acordadas por los progenitores si existe mutuo acuerdo o deberán ser establecidas por el juez en caso de desacuerdo, si bien tanto unas como otras deben recogerse en una sentencia judicial, o, ahora, en una escritura notarial.

Una de las cuestiones más importantes a la hora de regular la vida familiar después de una situación de crisis familiar es precisamente la determinación de cómo se van a ejercer a partir de entonces los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, cuya titularidad ostentan ambos progenitores.

La titularidad de la patria potestad la ostentan ambos progenitores, siendo un derecho no disponible por sus titulares, lo que supone que los progenitores no pueden renunciar a estos derechos o facultades. En todo caso podrán ser privados de la patria potestad por una sentencia judicial (art. 170 CC). Sin embargo, el ejercicio de esos derechos y facultades sí puede ser «distribuido» tanto en situaciones de normalidad familiar como en situaciones de crisis. Así el art. 156 CC establece con carácter general que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro». Este mismo artículo establece que en caso de crisis familiar «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva». Sin embargo, se recoge expresamente la posibilidad de que el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjunta-

mente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

La Ley 8/2021 ha incorporado en este artículo la previsión de que en situaciones de violencia hacia los hijos o hacia el otro progenitor, será suficiente con el consentimiento de éste (el progenitor no agresor) para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.

Como vemos el Código Civil se refiere al «ejercicio de la patria potestad», y no a la guarda y custodia. Es en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1/2000, donde se hace referencia por primera vez a la guarda y custodia (art. 748.4º, 769.3 y 770.6º), y fue en el 2005, con la ley 15/2015 de 8 de julio, cuando se modifica el artículo 92 del CC recogiendo por primera vez el este concepto en esta norma.

Sin embargo, a pesar de aparecer en la Ley no hay una definición de qué se entiende por guarda y custodia y tampoco puede identificarse completamente con el ejercicio de la patria potestad. La atribución de la custodia a uno de los progenitores en situaciones de separación, divorcio o nulidad no puede llevarnos a pensar que este progenitor tiene el ejercicio de las funciones parentales en exclusiva, puesto que hay muchas actuaciones que requerirán la intervención del progenitor «no custodio», como son las decisiones en materia de educación, sanitarias, enajenación de bienes...). Podríamos decir que el concepto de guarda y custodia encaja con la idea del ejercicio de las funciones parentales ordinarias, que no requieren el consentimiento del otro progenitor, y que son necesarias como consecuencia de la convivencia cotidiana techo con el menor. Siguiendo a LINACERO podemos afirmar que los «progenitores tiene la función (derecho-deber) de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. La compañía presupone no solo una intermediación física y el mismo techo, sino también una comunicación, afectividad y cariño unido al deber de velar por los hijos que requiere estar atento a sus estudios, vocaciones o aficiones, amistades, alimentación, salud».<sup>5</sup>

Dentro del concepto de guarda y custodia destaca en los últimos tiempos la posibilidad de que ésta sea compartida por ambos progenitores. Las ventajas que ofrece este tipo de guarda son indiscutibles, como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007,<sup>6</sup> entre otras, puesto que facilita la igualdad y corresponsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones parentales. Pero para que esto sea posible debemos partir de una premisa fundamental, que también se menciona en la referida sentencia, y es que «los padres han de cooperar necesariamente». Esto significa que los progenitores deberán mantener un contacto fluido y responsable, requiriendo flexibilidad en su desarrollo y una constante adopción de acuerdos ante los cambios o conflictos que, indudablemente, surgirán en el cumplimiento del régimen adoptado, lo que convierte este sistema un «modelo educativo de conducta para el menor». Se debe excluir sin embargo la guarda y custodia conjunta en determinadas situaciones que impliquen un riesgo para la vida, la integridad o la libertad de uno de los cónyuges o de los hijos que convivan en el hogar familiar (art. 92.7 CC y art.

<sup>5</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M: Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA). Tirant Lo Blanch, tratados, Valencia, 2016, pag. 579.

<sup>6</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18ª) de 20 de febrero de 2007 ( JUR 2007, 101427)

65 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género).

Estas indudables ventajas justifican el esfuerzo del legislador por incorporar esta opción en nuestro ordenamiento jurídico. La primera apuesta por este sistema de guarda se llevó a cabo en la Ley 15/2005<sup>7</sup> con la reforma del artículo 92, que tiene el mérito de introducir por primera vez en el Código Civil el término guarda y custodia compartida, si bien con unas características que no gustaron a todos: como una medida excepcional frente a la regla de la guarda exclusiva y siempre que exista informe previo favorable del Ministerio fiscal. Entre los criterios para determinar si es conveniente o no se ha establecido por el artículo se establecen que:

- Será necesario recabar el informe del Ministerio Fiscal, tanto cuando la petición se haga de mutuo acuerdo por los cónyuges como por uno solo de ellos (art. 92.6 y 8).
- Podrá oír al menor cuando tenga suficiente juicio, bien cuando así lo considere el juez, bien cuando se solicite el Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico del Juzgado o el propio menor (art. 92.6).
- El juez podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y el régimen de guarda y custodia compartida (art. 92.9). Entre estos especialistas se encuentran, a nuestro juicio, el Equipo Técnico del Juzgado y el Equipo Técnico de los Puntos de Encuentro Familiar.

Quizás el verdadero cambio se ha introducido en los últimos años, en los que las Comunidades Autónomas introducen la custodia compartida como una modalidad normalizada, como Cataluña, Navarra y Aragón, e incluso como una modalidad preferente y sin necesidad de informes previos del Ministerio fiscal como en el País Vasco, con su ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Esta apuesta pretende garantizar la igualdad de los progenitores a la hora no solo de disfrutar de sus hijos sino, fundamentalmente, de cumplir con sus responsabilidades parentales.<sup>8</sup>

El que exista esta posibilidad recogida en la normativa es fundamental para que los padres puedan conocer esta opción y valorarla en caso de conflicto. Sin embargo, podemos afirmar que a pesar de su reconocimiento normativo la sociedad española aún no hace uso de la misma de forma generalizada. Esta opción aún sigue siendo poco demandada<sup>9</sup> a pesar de que existe una tendencia en la jurisprudencia favorable a la custodia compartida que la considera como una medida no excepcional sino normal e incluso deseable.

<sup>7</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

<sup>8</sup> BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021 pags. 66 y ss.

<sup>9</sup> [Http://www.ine.es/prensa/np867.pdf](http://www.ine.es/prensa/np867.pdf).

### 3.1.2 CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y PARENTALIDAD POSITIVA

Como hemos visto anteriormente, en las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo es necesario que se presente ante el Notario, Letrado de la Administración o el juez un convenio regulador en el que se recojan los acuerdos alcanzados por las partes para regular su nueva situación. Es precisamente en este tipo de procesos donde se ha hecho patente un cambio de mentalidad, de forma que se ha avanzado un poco más en la concepción de las obligaciones familiares, imperando un nuevo concepto, que es el de la corresponsabilidad parental. Esto ha dado paso en nuestro país a una idea de que en caso de crisis familiar no solo es necesario que se repartan las responsabilidades y deberes, sino que se compartan los roles y los valores en la educación y cuidado de los hijos.

La Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad<sup>10</sup> distingue dos conceptos:

- El ejercicio de la parentalidad se refiere a todas las funciones propias de los padres/madres relacionadas con el cuidado y la educación de los hijos, centrándose en la interacción padres-hijos y comporta derechos y obligaciones para el desarrollo y realización del niño.
- El ejercicio positivo de la parentalidad se refiere al comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño.

Esta recomendación recoge en su apartado sexto que «las políticas destinadas a promover y fomentar el ejercicio positivo de la parentalidad funcionarán mejor si se basan en la consulta y el diálogo con los padres y en su implicación y participación voluntarias, a fin de conseguir una asociación real». Entre los componentes fundamentales de las mismas se nombra específicamente a la mediación.<sup>11</sup>

En España, el primer acercamiento legislativo a este concepto se recoge en la ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil, que añadió al artículo 68 de este cuerpo normativo una frase con la que se trata de impulsar un gran cambio, afirmando que los cónyuges «deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Con esto se pretende garantizar que el ejercicio de las responsabilidades parentales sea no solo positivo sino conjunto y equilibrado, lo que permite no solo

<sup>10</sup> Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros.

<sup>11</sup> «Los gobiernos también elaboraran directrices amplias y programas específicos para ayudarles en situaciones difíciles, resolución de conflictos, manejo de la ira a través de métodos no violentos y técnicas de mediación; promoción de programas preventivos relacionados con las distintas formas de maltrato a niños; los padres deben ser conscientes de este grave problema y de sus consecuencias para el desarrollo del niño; se debe educar a los niños sobre sus derechos y obligaciones a fin de que tomen conciencia del concepto de ejercicio positivo de la parentalidad y de lo que significa para ellos».

garantizar la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores sino también eliminar las dinámicas de ganadores y perdedores así como favorecer la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos (como afirma el Libro II de Cataluña, en el preámbulo (II c)13) y Pr. III C) 14).

Nuevamente son los legisladores autonómicos y forales los que dan un paso más allá y regulan los denominados planes de coparentalidad, concebidos como instrumentos que permiten concretar la forma en que ambos progenitores ejercerán sus responsabilidades parentales, detallando los compromisos asumidos en relación a la custodia, el cuidado, educación de sus hijos. Según manifiesta la propia normativa estos planes alientan a los progenitores a organizar por sí mismos y de forma responsable la vida familiar después de la ruptura.

En Cataluña se utiliza el término plan de parentalidad,<sup>12</sup> en Aragón el pacto de relaciones familiares,<sup>13</sup> en Valencia plan de convivencia familiar<sup>14</sup> o en Navarra se denomina Pacto de Parentalidad.<sup>15</sup>

Los planes de coparentalidad se basan en dos criterios fundamentales: el interés del menor y el equilibrio de los progenitores. Las leyes que regulan los planes de coparentalidad determinan los criterios que permiten identificar este «interés del menor», y entre ellos destacan:

- La vinculación efectiva de los hijos y los progenitores u otros miembros de la familia.
- La aptitud y actitud de los progenitores a la hora de garantizar el bienestar, el entorno adecuado y la estabilidad de los menores.
- El tiempo que cada uno de los progenitores haya dedicado antes de la ruptura.
- La opinión de los menores.
- Los acuerdos adoptados antes de la ruptura.
- Los domicilios y horarios de los progenitores.
- Los informes de peritos.

Los planes de coparentalidad, hacen hincapié en la necesidad de que los acuerdos sean equilibrados en cuanto a tiempo, dinero, responsabilidades, pautas y roles que cada progenitor ostente en relación a sus hijos. Este equilibrio es una de las metas del proceso de mediación puesto que entre sus principios fundamentales se encuentran el de la neutralidad e imparcialidad del mediador, que lo que pretenden precisamente garantizar el equilibrio de las partes, tanto en el propio proceso (a la hora de hablar, de hacer propuestas, de que se discutan y valoren sus aportaciones) como en el de la propia solución (poniendo de manifiesto por ejemplo la falta de equilibrio de un acuerdo en el cual la madre se ocupe de los menores durante la semana y el padre durante todos los fines de semana, puesto que los roles que asumiría cada uno en su relación

<sup>12</sup> Artículo 233-9. Plan de parentalidad.

<sup>13</sup> Artículo 3. El pacto de relaciones familiares.

<sup>14</sup> Art. 4. Pacto de convivencia familiar.

<sup>15</sup> Ley 69. Pacto de parentalidad.

sería muy diferente, uno el educador y otro el del ocio). Estos son precisamente los objetivos y la metodología que se busca con la mediación.<sup>16</sup>

### 3.1.3 LA MEDIACIÓN

El binomio guarda y custodia compartida y mediación no es nuevo, puesto que la mediación se identifica con un sistema de resolución de conflictos que lo pretende, precisamente es ayudar a las partes en conflicto a alcanzar un acuerdo duradero y equilibrado que permita mantener una buena armonía familiar.

La mediación se considera especialmente idónea en los casos en los que existe una conflictividad no elevada de los progenitores y se excluye su utilización en supuestos de conflictividad extrema, especialmente cuando que existan malos tratos, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados. Ha llegado incluso a considerarse que la mediación si es posible en supuestos de conflictividad no extrema como lo afirman las sentencias del TSJ de Cataluña, en su resoluciones 29/2008 y 9/2010, al afirmar que debe procurarse la guarda y custodia compartida cuando resulte beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas.

La normativa sobre mediación comenzó a fraguarse en un primer momento través de diversas *Recomendaciones* con las que se animaba, pero no obligaba, a los Gobiernos y Parlamentos nacionales a conocer e introducir la mediación en diferentes ámbitos, como el familiar<sup>17</sup> o de consumo<sup>18</sup> en el año 1998 y el penal en el año 1999.<sup>19</sup>

No fue hasta el año 2008 cuando se reguló la mediación a nivel europeo de forma vinculante, con la *Directiva 2008/52/CE Del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, cuyo plazo para la transposición de la misma terminó el 21 de mayo de 2011.

El caso español es bastante llamativo, puesto que existe una ingente producción normativa de carácter autonómico, no nacional, en el ámbito de la mediación familiar desde el año 1998. A pesar de ello, ha sido muy reivindicada la necesidad de que una norma de carácter nacional regulase la mediación y el acceso a esta profesión por el mediador, no solo para los conflictos familiares sino para cualquier tipo de conflictos. Después de la directiva, con el objeto de impedir sanciones europeas por el retraso en la transposición, el Gobierno español publicó el *Real Decreto Ley 5/2012 de 5 de marzo sobre mediación civil y mercantil*. Tres meses más tarde se publicó la *Ley 5/2012 de 6*

<sup>16</sup> BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021 pags 35 y ss.

<sup>17</sup> Recomendación R(98) 1 del comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la mediación familiar.

<sup>18</sup> Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE). Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE).

<sup>19</sup> Recomendación (99) 19, del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal.

*de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles*,<sup>20</sup> que es una copia textual del RD anterior, con pequeños cambios poco significativos.

Los cuatro aspectos más destacables desarrollados por esta nueva norma son: la formación del mediador; su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia; el aseguramiento de su responsabilidad y la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Los conflictos que son propios de la mediación familiar están bastante claros en España, puesto que su normativa autonómica sobre esta materia es ingente y muy expresa en este sentido. Serían los conflictos relativos a (art. 8 Ley de Mediación de la Comunidad de Madrid):

- Problemas de pareja: matrimonios o parejas de hecho en lo relativo a sus conflictos intrafamiliares de convivencia o en la consecución de acuerdos necesarios para separaciones y divorcios.
- Problemas familiares: engloban los conflictos entre otros miembros de la familia. Se pueden distinguir entonces la mediación intergeneracional que incluye conflictos de personas unidas por vínculos hasta 4º grado por parentesco o afinidad y la mediación con conflictos sucesorios.
- Acogimientos: conflictos entre acogido, familia acogedora y familia biológica y negociación de acuerdos para la constitución de la tutela.
- Adopción: a través de la mediación se canaliza el encuentro familia biológica y familia adoptiva en ejercicio del derecho de los adoptados a conocer de orígenes.
- Algunas leyes incluyen la mediación en la empresa familiar, para la gestión de conflictos empresariales con un importante vínculo familiar.

La mediación pretende dotar a sus participantes de herramientas, que en muchos casos tenían pero que han perdido como consecuencia del conflicto, para poder desempeñar una gestión adecuada de sus conflictos. Cuando hablamos de gestión adecuada nos referimos fundamentalmente a una participación responsable, colaborativa, en la que se pueda poner en el lugar del otro y entender sus necesidades, abordando los problemas de forma que se busque el bienestar de todos y fundamentalmente el de los menores de edad.

El mediador es el defensor del interés de los menores, el que debe tener siempre presente sus necesidades e intereses, pero no es quien toma las decisiones por lo tendrá que ayudar a los progenitores a definir cómo debe entenderse en su caso concreto el ejercicio responsable de la paternidad, cómo debe participar el menor en el proceso de toma de decisiones que le afectan directamente y qué decisiones pueden perjudicar a alguna de las partes.

En este sentido también las leyes de mediación familiar hacen hincapié en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor como principio propio de la mediación, así como una obligación asumida por el mediador. El mediador aparece en el proceso como garante de éstos intereses, según afirma la legislación autonómica relativa a

<sup>20</sup> Esta ley nacional ha sido recientemente completada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

la mediación familiar, puesto que este interés no es uno para todos, sino que deberá amoldarse a las necesidades de cada menor y de cada familia.

### 3.2 EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PARENTALES EN SITUACIONES CONTENCIOSAS

El ejercicio de las funciones parentales se ve directamente afectado por una situación de crisis familiar debido, básicamente, a la falta de convivencia de los progenitores tras la separación lo que determina que no siga habiendo un ejercicio conjunto y simultáneo de la misma. De ahí que el recordatorio a los/as padres/madres que hace el art. 92.1 del CC («la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos») deba ponerse en relación con una realidad que la crisis y posible ruptura genera.

Cuando además esta situación de crisis se agrava con una falta de acuerdos a la hora de establecer las normas para el cuidado de los menores, a los progenitores no les queda más remedio que acudir a la vía contenciosa para la solución del conflicto.

Debemos diferenciar dos momentos en los que conviene detenerse:

El primero sería el momento de la decisión judicial, donde el juez debe ponderar una serie de factores que se dan en la realidad para establecer un sistema de guarda de los menores y, en su caso, de relación con el progenitor no custodio o determinados familiares o allegados (arts. 94, 160 y 161 del CC). Como hemos dicho anteriormente, incluso en estas situaciones conflictivas, el art. 92 permite acordar la guarda y custodia, porque se entiende que permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores. Según ha declarado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia las decisiones deben estar fundada en el interés de los menores, para lo cual se debe tomar en cuenta algunos criterios 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 personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven o resuelven sus conflictos de mutuo acuerdo. A estos fines, el informe psicosocial que trata el art. 92.6 y 8 del CC, deberá examinar el caso en concreto, reflejando con detalle tanto la situación presente y pasada de los menores del cumplimiento de las responsabilidades parentales por cada uno de los progenitores.

El segundo momento a tener en cuenta sería el de las dificultades en el cumplimiento de la resolución, bien porque la realidad no coincide con lo establecido en la misma o bien porque surgen nuevos elementos a tener en cuenta. Así en primer lugar, los progenitores de común acuerdo – de forma tácita o expresa-, a pesar de establecerse un sistema de guarda individual estricto, pueden generar un estado de corresponsabilidad parental, en donde con una actitud colaborativa y cooperativa compartan o se repartan tareas o labores en el ámbito de la responsabilidad parental. Del mismo modo, a pesar de la imposición de un régimen de custodia compartida o individual amplia, nos podemos encontrar con que los graves desacuerdos de los progenitores impiden el ejercicio colaborativo de responsabilidad parental que exige este tipo de acuerdos. En ambos casos, los progenitores están legitimados para solicitar

una modificación de la medida judicial o convenida, pero, tal como indica el art. 90 y 91 del CC, sólo será estimada cuando se «alteren sustancialmente las circunstancias». De ahí que se deba valorar si, realmente, existe una contradicción entre régimen de guarda instituido y realidad.

En estos casos es esencial mantener la centralidad del principio de interés superior del menor, como hace toda la legislación nacional (art. 92 del CC, art. 233-8 del CC catalán, y art.80.2 del CFA) y no debe mermar el principio de corresponsabilidad parental. Y ello en tanto que debe considerarse que el contenido de la corresponsabilidad debe estar en consonancia con la idea de ejercicio positivo de la parentalidad, es decir «al comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño» (1. Definiciones, en la mentada Recomendación Rec (2006) 19).

En un sentido similar, la LO 8/2021 parte de la necesidad de ofrecer a los progenitores medidas que intervengan no solo en la fase en la que la crisis ya es un hecho, sino en fases anteriores, con un elenco de medidas preventivas o de apoyo al ejercicio de la parentalidad que permitan evitar situaciones de violencia al menor. El capítulo III, dedicado al ámbito familiar, parte de la idea de la familia, en sus múltiples formas, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, debe ser objetivo prioritario de todas las administraciones públicas, al ser el primer escalón de la prevención de la violencia sobre la infancia, debiendo favorecer la cultura del buen trato, incluso desde el momento de la gestación. Para ello, la ley refuerza los recursos de asistencia, asesoramiento y atención a las familias para evitar los factores de riesgo y aumentar los factores de prevención. Todas las políticas en el ámbito familiar, afirma, deben adoptar un enfoque positivo de la intervención familiar para reforzar la autonomía y capacidad de las familias y desterrar la idea de considerar a las familias más vulnerables como las únicas que necesitan apoyos cuando no funcionan adecuadamente. Destaca en la ley la referencia al ejercicio positivo de la responsabilidad parental, como un concepto integrador, estableciendo medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar.

#### 4 LA VINCULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 96 del Código Civil ha sido modificado por la *Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad* en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Antes de esta modificación, a falta de acuerdo de los cónyuges «el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden».

Este artículo supone, por un lado, la concesión a los hijos de la titularidad de un derecho de uso sobre la vivienda familiar, y por otro, no tanto la atribución del mismo derecho de uso a uno de los cónyuges (el que conviva con los menores) sino la privación del mismo al otro (el que debe abandonarlo). Así entendido, surgen un sin fin de

preguntas que no tienen una fácil respuesta, al menos desde el punto de vista técnico jurídico. Entre otras, ¿se trata de un derecho atribuido a los menores mientras lo son?, si no es así, es decir, si no lo pierden al alcanzar la mayoría de edad ¿hasta cuándo lo disfrutan? o ¿es necesario tener su consentimiento para cualquier disposición sobre la vivienda?

Lo cierto es que este artículo encierra el verdadero caballo de batalla de la mayoría de los procesos de separación o divorcio. En la actualidad la vivienda se está convirtiendo en un bien de lujo. Acceder a una hipoteca de forma individual es prácticamente impensable para la gran mayoría de los españoles con renta media, más aún cuando la separación o el divorcio conlleva necesariamente un aumento de los gastos ordinarios de la familia. Quedarse en que hasta el momento era el domicilio conyugal se puede convertir en una cuestión de supervivencia para el que se queda y de profunda injusticia para el que es privado de su derecho a usarla.

La modificación introducida en este artículo 96 por la ley 8/2021 deja la siguiente redacción: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes»

Esto significa que la atribución del uso de la vivienda familiar tiene establecido un plazo, el de la mayoría de edad de los hijos, siendo a partir de entonces aplicable a los mayores de edad que no sean independientes económicamente las normas que regulan el derecho de alimentos entre parientes.

## **5 EL DERECHO DE VISITAS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PUNTOS DE ENCUENTRO**

### **5.1 EL DERECHO DE LOS MENORES A RELACIONARSE CON SUS PROGENITORES**

Entre los derechos reconocidos a los menores, tanto en el marco jurídico internacional como dentro de nuestras fronteras, se encuentra el derecho a relacionarse con sus progenitores o también denominado derecho de visitas con el progenitor no custodio. Este derecho podría definirse como «la organización del régimen de comunicación, estancias y relaciones entre los progenitores y los hijos o entre determinados

parientes (esencialmente abuelos y hermanos) y allegados con el menores, en aquellos casos que no exista convivencia habitual».<sup>21</sup>

El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia en lo que respecta a su protección, siendo una necesidad la protección jurídica y no jurídica del niño para que los derechos de éste se hagan realidad. El artículo 9 de esta norma establece que «*Los Estados participantes respetaran el derecho del niño que está 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*».

En España, durante la minoría de edad los padres tienen atribuidas una serie de facultades y derechos que les ayudan a cumplir adecuadamente con sus obligaciones de protección y formación derivadas de la patria potestad entre los que se encuentra la facultad-deber de velar por los hijos, *tenerlos en su compañía*, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 párrafo 1º) así como representarlos y administrar sus bienes (art. 154 párrafo 2º).

Estas facultades que se reconocen como contenido de la patria potestad se ostentan no en beneficio propio, sino fundamentalmente *en beneficio de los menores*. Esto nos lleva a una importante afirmación, y es que el derecho de visitas se reconoce a los padres no solo como un derecho de los progenitores, sino fundamentalmente como un derecho de los menores. Ciertamente es que los padres tienen derecho a que se proteja su relación con sus hijos. Pero esta protección se les otorga no tanto como titulares de dicho derecho, sino más bien como instrumento necesario para garantizar el derecho de otro, el del menor a tener contacto con su progenitor.

Es precisamente el beneficio de los menores, y no el de los progenitores, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de modular el ejercicio de este derecho. LINACERO<sup>22</sup> identifica las siguientes cuestiones a tener en cuenta a la hora de fijar el régimen de visitas y comunicación:

- Considerar especialmente relevantes los deseos de los hijos en relación con la fijación y ordenación del régimen de relaciones con el progenitor no custodio, especialmente cuando los menores tiene madurez suficiente y siempre a partir de los 12 años.
- Agilizar la suspensión o supresión de las visitas en caso de que uno de los progenitores esté incurso en malos tratos, corrupción, descuido o trato negligente y cualquier conducta que ponga en riesgo al menor.
- Atender las demandas de visitas de abuelos, hermanos, parientes y otras personas allegadas.
- Disponer la suspensión de las visitas en acogimientos permanente salvo que sea contrario al interés del menor.

<sup>21</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.: Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA). Tirant Lo Blanch, tratados, Valencia, 2016, pag. 601.

<sup>22</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.: Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA). Tirant Lo Blanch, tratados, Valencia, 2016, pag. 607.

- Prever diferentes medidas incluida la tipificación penal de las conductas del progenitor que obstaculicen reiteradamente el derecho de comunicación.
- En casos de custodia atribuida a uno de los progenitores disponer de un gimen amplio de comunicación reconocimiento expresamente al no custodio el derecho de tener información y control sobre sus hijos.

Este derecho viene regulado en el artículo 90 para crisis familiares que se resuelven de mutuo acuerdo, estableciendo que el convenio regulador debe recoger un régimen de comunicación y estancia con el progenitor que no conviva con ellos, así como con los abuelos, si se entiende necesario. También se regula en el artículo 94<sup>23</sup> para situaciones contenciosas estableciendo que el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, pudiendo limitarse o suspenderse si las circunstancias lo aconsejan o se incumple grave o reiteradamente los deberes impuestos por una resolución judicial. Precisamente en relación a la posibilidad de suspender o modular el ejercicio de este derecho, los arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/04, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su redacción dada por Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio, contemplan la posibilidad de que el Juez suspenda el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, y el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, o, todo caso, deberá pronunciarse sobre la forma en la que se ejercerán dichos derechos adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores, con un seguimiento periódico de su evolución.

En el marco de las relaciones paterno-filiales, el derecho de visitas se desarrolla en los artículos 160 y 161CC, que han sido reformados por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

El primer artículo, regula el régimen de visitas de los menores con sus padres cuando éstos hayan sido privados de la patria potestad, puesto que mantienen la posibilidad de relacionarse con sus hijos salvo que se disponga otra cosa por el juez competente y amplía el derecho de los menores incluyendo de forma expresa a los hermanos.

El segundo artículo, el 161 regula las relaciones del menor en *situación de tutela o guarda administrativa* con sus familiares. En este caso será la Entidad pública que tenga competencias en la protección de los menores la podrá regular las visitas y comunicaciones pudiendo acordarse motivadamente la suspensión previa audiencia. El director del centro o la familia acogedora u otros agentes o profesionales informarán a la Entidad pública de cualquier indicio de los efectos nocivos que estas visitas puedan tener sobre el menor.

El régimen de visitas de los menores que estén en *acogimiento* está regulado por la LOPJM que ha sido modificada en estas cuestiones por la Ley 26/2015 de 28 de julio, en concreto en los artículos 20, 2 y 3, 20 bis, 21 y 21 bis. El artículo 20.2 establece que

<sup>23</sup> Así el art. 94 del Código civil establece «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podría limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

el régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia acogedora.

El régimen de visitas de los menores *adoptados* se regula en el artículo 178 CC. Este artículo establece que cuando el interés del menor lo aconseje podrá acordarse visitas con los miembros de la familia de origen que se consideren. Tanto es así que se establece que en la declaración de idoneidad «deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen» (art. 178 in fine). Se indica que dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad pública o entidades acreditadas a tal fin, lo que entendemos que incluye sin duda a los puntos de encuentro familiar.

## 5.2 EL DERECHO DE VISITAS CON LOS ABUELOS Y OTROS ALLEGADOS

Este derecho de visitas y comunicación de los menores se reconoce no solo en relación a los progenitores, sino también respecto al resto de los familiares, y, de forma muy especial, respecto a los abuelos.

La situación de las visitas con los abuelos sufrió una importante modificación en el año 2003 con la promulgación de la ley *42/2003 de 21 de noviembre de modificación del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*. Mediante esta ley se pretendía destacar y reconocer la importancia de la figura de los abuelos en la vida familiar de la sociedad actual. Su papel es crucial no solo como apoyo en el cuidado y asistencia de los menores sino también como autoridad moral en la formación de los menores, de ahí la necesidad de distinguirlos del resto de «parientes y allegados».

Sin embargo, a pesar de lo loable y lógico que puede parecer destacar la figura del abuelo frente al resto de los allegados, lo cierto es que éstos ya tenían reconocida la posibilidad de solicitar unas visitas con sus nietos, a través de la antigua redacción del artículo 160 del CC, que recogía en sus párrafos segundo y tercero que «*no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente allegado, resolverá atendidas las circunstancias*».

La doctrina y la jurisprudencia consideraba que los parientes incluyen, por supuesto a los abuelos, pero además a todas las personas unidas con el menor por relación de parentesco, en línea recta o colateral, incluyendo por lo tanto también a los hermanos.

Entre los allegados se incluirían a todas aquellas personas que, sin tener un vínculo de parentesco, se encuentran unidos al menor por una relación cercana a la familiar. Se encontraría así el cónyuge (no progenitor del menor) cuando haya convivido con éste (esté o no separado judicialmente del progenitor o adoptante del menor).

Con esta ley se introduce un nuevo apartado (el B) al artículo 90 del CC relativo al contenido del Convenio regulador que reza así «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de éste Código deberá referirse, al menos a los siguientes extremos: B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre, el interés de aquellos».

Debemos tener en cuenta que el derecho de visitas de los abuelos en ningún momento tendrá la misma amplitud y extensión que un derecho de visitas con un progenitor, de forma que no se podrá reclamar por los abuelos los mismos derechos y deberes que un padre puesto que no ocupan el mismo lugar.

### 5.3 LA PROBLEMÁTICA EN EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS: LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

El constante incremento tanto del número de crisis familiares como su conflictividad, requiere constantes decisiones por parte de los jueces en lo relativo a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas del progenitor que no convive con los hijos.

Observando la realidad familiar después de la separación se descubre que en muchas ocasiones los menores se ven afectados directa o indirectamente por la violencia generada por el conflicto de sus padres. Los cónyuges se ven desbordados e incapaces de gestionar una situación en la que por un lado se está desarrollando una dura separación contenciosa y por otro deben facilitar el derecho del niño a mantener la relación con el otro progenitor. La violencia generada por esta situación se traduce directamente en la calidad de relación del menor con sus progenitores.

La problemática es muy variada. Desde la constante impuntualidad en las entregas y recogidas, la obstrucción más o menos explícita de uno de los progenitores a la relación con el otro o su familia extensa, el incumplimiento sistemático del régimen de visitas establecido en la sentencia justificado en la salud del menor, hasta la derivación de la conducta incumplidora al propio hijo, afirmando que se incumple el régimen de visitas porque el menor no desea ver al otro progenitor.

Entre las medidas que pueden adoptarse ante las situaciones anteriormente referidas encontramos: el requerimiento al progenitor custodio, el oficio a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, la entrega forzosa del menor en el Juzgado, el testimonio al Juzgado de Instrucción por desobediencia, el establecimiento de multas pecuniarias, o, lo más efectivo, las amenazas de cambio de custodia. Todas estas medidas coercitivas se han mostrado insuficientes para asegurar el cumplimiento de lo establecido en las sentencias judiciales, unido a la gran violencia que genera dicha situación para el menor.

La actividad del juez no consiste simplemente solucionar el conflicto sino tratar de adoptar aquella solución que se prevea la más favorable para el futuro, fundamentalmente en virtud del interés principal y preponderante en todos estos procedimientos, el interés del menor. Precisamente para ello, para permitir adoptar la solución más adecuada que permita tener en cuenta el interés superior de los menores en los conflictos familiares, surgen los Puntos de Encuentro (PE) y los coordinadores de parentalidad (CP). Se trata de herramientas o medidas a las que el juzgador puede recurrir en casos de alta conflictividad para que los progenitores se vean asistidos por profesionales que les ayuden a gestionar el conflicto de forma más adecuada y a la vez les va a permitir contar con elementos para tomar una decisión más adecuada a la realidad familiar.

En los PE un interdisciplinar de profesionales trata de eliminar, a través de la negociación o de la observación, los obstáculos en las visitas de los menores con sus progenitores.

Desde la creación de los Puntos de Encuentro en Valladolid en el año 1996 hasta ahora existe una variada regulación específica de este tipo de recursos, siendo la primera norma en surgir el *Decreto 93/2005 de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias*.<sup>24</sup> La definición del Punto de Encuentro recogida en su artículo 2.a) lo describe como una «*alternativa de intervención temporal, realizada en un lugar idóneo y neutral atendido por equipo técnico, donde se produce el encuentro de los miembros de la familia en crisis en orden a facilitar la relación entre el menor y sus familiares, siguiendo las indicaciones que, en su caso, establezca la autoridad judicial o administrativa competente para el cumplimiento de los derechos de visita y donde se garantice la seguridad del menor y de los miembros de la familia en conflicto*».

En estos servicios sociales se trata de conocer la problemática real en el incumplimiento de los regímenes de visitas (falta de interés del padre, negativa del hijo, manipulación de la madre) e *informar* al juez de la situación real, pudiendo así tomar medidas eficaces al respecto. El punto de encuentro se convierte en «testigo» imparcial de una situación observada durante un prolongado periodo de tiempo, pero también en un servicio social cuyo ámbito de actuación principal es la facilitación del cumplimiento de los regímenes de visitas establecidos en una resolución judicial, garantizando de esta forma el derecho de los menores a mantener las relaciones con el progenitor no custodio y la familia de éste.

Entre los objetivos de la actuación de los Puntos de Encuentro encontramos:<sup>25</sup>

- Garantizar el cumplimiento del régimen de visitas como derecho fundamental del menor.
- Garantizar la seguridad del menor, de las víctimas de violencia doméstica y de cualquier otro familiar vulnerable durante el cumplimiento del régimen de visitas.
- Disponer de información fidedigna y objetiva sobre las actitudes parentales, que ayude a defender, si fuese preciso, los derechos del menor en otras instancias administrativas o judiciales.
- Facilitar el encuentro del menor con el progenitor no custodio y con la familia de éste.
- Posibilitar a los menores expresar sus sentimientos y necesidades.
- Facilitar a los adultos la posibilidad de llegar a acuerdos encaminados a resolver el conflicto en el que están inmersos y proporcionar la orientación profesional para desarrollar las habilidades parentales necesarias que mejoren las relaciones entre el menor y la familia.

<sup>24</sup> BOPA, nº 214, de Jueves 15 de septiembre de 2005.

<sup>25</sup> Art. 3 Decreto 93/2005, de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar del Principado de Asturias.

- Cubrir las necesidades de la presencia de un tercero imparcial y neutral que supervise la ejecución de las visitas entre los menores y los progenitores y familiares no custodios.

Como vemos los PEF ofrecen un espacio neutral para analizar la problemática en los cumplimientos de los regímenes de visitas. El derecho de visitas ha de ser entendido más como un derecho de los menores que de los padres, de forma que los conflictos parentales no deben influir en el disfrute de dicho derecho por los hijos. Su principal objetivo es ofrecer una vía de normalización del conflicto familiar. Las herramientas necesarias para dicha normalización son, por un lado, el verdadero interés de los miembros de la familia en alcanzarla, y por otro la mediación, como intervención orientada a restablecer la comunicación entre todos ellos.

En relación a la figura del Coordinador de parentalidad,<sup>26</sup> cuya intervención empieza a ser requerida por los tribunales españoles en supuestos de alta conflictividad entre los progenitores, podemos identificar algunas de sus características más importantes:

- 1 Es un sistema alternativo de resolución del conflicto o ADR que se entiende como un «auxiliar de la justicia», definido por los expertos como un híbrido entre lo jurídico y la salud mental.
- 2 Interviene en los conflictos de alta intensidad entre los progenitores como mecanismo de protección del menor.
- 3 Se accede por designación judicial o por acuerdo de los progenitores en ejecución de sentencia para la implementación del plan de coparentalidad.
- 4 Necesita un profesional formado y con experiencia en conflictos familiares.

El CP surge en EEUU en la década de los años 90, al constatar que existe un crecimiento de las familias con expedientes de separaciones y divorcios de larga duración con el consiguiente impacto en la salud de los menores. Para lograr una mejora en esta situación se implementaron los primeros proyectos con derivaciones a expertos, que se denominaron «special master» aunque ha recibido posteriormente otros nombres como sabios, Asesor de Juzgado, Facilitador de parentalidad o el «mediador/árbitro». En la actualidad se encuentra normativa específica en varios estados, como Colorado (2005), Idaho (2002), Louisiana (2007) mientras que otras jurisdicciones han incorporado esta figura a la práctica jurisprudencial.

No existe en España regulación específica sobre la materia, de forma que ha sido la jurisprudencia la que está dando cabida a esta nueva figura profesional a través de la normativa ya existente. Entre las funciones que pueden ser desarrolladas por estos CP se encuentran la función educativa respecto de los padres, de evaluación y coordinación con otros profesionales, la de gestión de conflictos a través de técnicas mediado-

<sup>26</sup> BLANCO CARRASCO, M: El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad. Actualidad civil, ISSN 0213-7100, N° 1, 2021.

ras, e incluso, se reconoce *función de toma de decisiones*, que es quizás la cuestión más controvertida.<sup>27</sup>

Entre las funciones que se identifican como excluidas para el CP se encuentran ofrecer un asesoramiento legal ni hacer tratamiento psicológico. Por tanto, en ningún caso podrá hacer psicoterapia, informes periciales para la guarda y custodia, mediación o asesoramiento legal

El proceso de coordinación parental consta de una serie de sesiones estructuradas, que son:

- Fase inicial, en la que se da la información necesaria y se aclaran dudas sobre la función del CP. En esta fase el CP tiene entrevistas con las partes, individuales o conjuntas en las cuales explicará la forma de intervención y solucionará dudas, así como creará un ambiente y entorno adecuado y constructivo para el inicio del proceso.
- Fase de implementación, en la que se identifican problemas y soluciones a través de reuniones con padres e hijos.
- Fase de mantenimiento, donde el CP prepara a los progenitores para auto gestionar sus problemas sin ayuda.
- Fase final, que consiste en la remisión al juez del informe final con la actividad realizada y ofreciendo en su caso sugerencias.

Podemos afirmar que estos dos instrumentos, Puntos de Encuentro Familiar y coordinación de parentalidad, permitirán al juez valorar mejor no solo el interés del menor, sino también las medidas a adoptar en cada momento atendiendo a las aptitudes y actitudes de sus progenitores, procurando, en todo momento, evitar un perjuicio al menor.

## 6 BIBLIOGRAFÍA

BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021.

BLANCO CARRASCO, M: «El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad». *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, n.º 1, 2021.

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, CONSERJERÍA DE FAMILIA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (2006): *Guía de Intervención en los Puntos de Encuentro de Castilla y León*. Graficas Andrés Martín. Valladolid.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: Capítulo XIII. La patria potestad, en *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA)*. Tirant Lo Blanch, tratados, Valencia, 2016.

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

<sup>27</sup> BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021.

*CHILD  
PROTECTION  
IN SPANISH  
LAW*





# 5

## MINORS IN FAMILY CRISES

MARTA BLANCO

### 1 FAMILY CRISES

The concept of family crisis may take forms as varied as there are kinds of family and will in each case depend on their way of understanding cohabitation, as well as the commitments they undertake when they begin to live together.

Family conflict clearly needs to be managed, but the intervention that each family requires will differ depending on their own perception of the crisis, on the interactions between the various family members and on the family's needs and resources. Some cases will involve requests for therapeutic interventions with the couple or an individual, while others will entail support being requested from the administration. Others will involve requests to end the relationship that has existed until that point.

The main objectives of the law are as follows:

- 1 It offers the security of making the couple's break-up official in all areas, whether legal, social, healthcare or other, since the competent and authorized body has been duly notified.
- 2 It offers the family the limits on the basis of which their new relations must be organized. The most suitable solutions can be adopted within the framework provided by law. The basis for this regulation is that, from the time the crisis develops, something that is essential for a couple to exist is missing: peaceful cohabitation. As this is absent, the relations between the various family members will be different, in the same way as the property previously held in common needs to be managed differently.

- 3 It offers the guarantee of a solution to the situation. The family members themselves will provide the solution provided that they respect the legal framework provided by Spanish law. Should they not manage to reach an agreement, court proceedings will provide a solution to the conflict that is determined by a third party (the court).
- 4 Interim measures and sanctions are offered to prevent the breach of any obligations.
- 5 The law is the guarantor of the interests most in need of protection in these situations – those of the minors – in the same way that it ensures all the family members can see their interests reflected in the break-up process. The main rules that are established to regulate this process include equality between the members of the couple and the need to take into account the interest of the minors in all measures that are adopted.

Three categories of crisis are regulated under Spanish law: *separation*, *divorce* and *marriage annulment*. All three must be heard before the courts or competent entities, via the corresponding procedural action, and must be ruled upon in an order concluding such procedure, which will establish the measures that are deemed suitable for the new family situation.

**Separation** involves spouses who entered into a valid marriage stating before the court or other competent bodies that a crisis situation exists, though they may not wish to breach the marital bond between them. The marital relationship is maintained, meaning that they remain spouses, but a series of rules will be applicable following the order that take into consideration the special family situation, fundamentally because of the suspension of communal life, which involves the dissolution of co-owned property in order to establish the regime of separation of matrimonial property (article 1435.3 CC).

**Divorce** is one of the ways in which a marriage may be dissolved, in addition to the death or declaration of death of one of the spouses. Divorce proceedings involve declaring the intent to bring an end to the marital relationship before the court. Following the divorce order, the marriage will no longer exist and there will be no spousal relationship for all purposes from that moment on.

Marriage **annulment** denies the very existence of the marital relationship. The annulment order confirms the existence of a fundamental defect at the time of entering into the marriage, preventing it from being validly contracted such that it in fact never existed. However, there was an *appearance* of marriage that must be protected (article 79 CC).

*Law 15/2005, of 8 July, amending the Civil Code and the Civil Procedural Law regarding separation and divorce*,<sup>1</sup> introduced two very significant changes to the previous regulation.

The first consisted of eliminating causal separation or divorce, based on the need to demonstrate a cause justifying the marital separation or divorce, and replacing it with free separation or divorce, based simply on one or both parties' desire to split.

<sup>1</sup> Official State Gazette (BOE), no. 163, 9 July (RCL 2005, 1471).

The second change involved removing the need for judicial separation prior to divorce. The special situation of Spain in 1981, post-dictatorship and with a fundamentally Catholic tradition, meant that direct access to divorce was not permitted. Rather, a prior legal or factual separation during which the marital bond remained in force, was required. From 2005, after 25 years of experience, the precaution was removed and it is now possible to decide to separate or to divorce with no previous requirement.

Later, the LJV<sup>2</sup> introduced another element to this regulation: the removal of separation and divorce from the courts. Following that legislation, spouses may in certain circumstances request the separation or dissolution of the marriage before various competent officials, the court clerk and the notary public being attributed the functions that had corresponded to the courts.

Taking these amendments into account, we shall analyse the requirements to apply for separation and divorce as established in articles 81 and 86 CC, respectively.

If both spouses agree as to the new way of regulating their family life following the break-up, separation and divorce **by mutual agreement**:

- Must be requested by the two spouses or by one with the consent of the other.
- Must occur more than three months after the celebration of the marriage.
- Require the filing of a proposed settlement agreement drafted in accordance with article 90 CC.
- Can be ordered by bodies other than the courts, a possibility introduced by the LJV. However, in the case that there are no children or children of legal age with respect to whom court measures have been established in terms of progenitor support, competence will be either for the courts or for the court clerks or notaries public, at the discretion of the parties (extra-judicial separation or divorce).

The spouses must participate in the execution of a settlement agreement before a notary public or court clerk in a “personal” capacity; that is, a legal representative may not be delegated to act. Both spouses must attend and sign the deed.

If there are children of legal age or who are emancipated, they must provide their consent “with respect to the measures that affect them due to lacking their own income and living in the family home” (article 82 CC).

When there is no agreement on any or all aspects of the new family life, both separation and divorce must follow the **steps for contentious proceedings**, and in this case the requirements are those contained in article 81.2 CC.

- Separation or divorce will be requested by one of the spouses, who will be the claimant.
- The claim must be filed more than three months after celebration of the marriage. This term will not be required to have passed when there is evidence of risk to life, physical well-being, freedom, moral well-being or sexual freedom and

<sup>2</sup> Official State Gazette (BOE), no. 158 Friday 3 July 2015 Sec. I. Pg. 54068.

integrity of the claimant or of the children of the spouses or either of the parties to the marriage.

- It must be accompanied by a reasoned proposal of the measures that will regulate the effects of the separation.
- Competence to hear these matters will be exclusively for the competent court.

The LJV has provided for judicial separation or divorce for the cases of mutual agreement with minors and/or dependents and for contentious cases, but it has also introduced the possibility of extra-judicial separation or divorce for cases of mutual agreement without underage children or children of legal age who depend on their progenitors and with respect to whom court measures have been established in terms of progenitor support. One perceives a certain “privatization of marriage”, with it becoming an institution in which public authorities are progressively conceding space to the autonomy of private parties (in this case, the spouses).

Independently of the process in which the spouses are involved, it will be necessary to adopt certain decisions with regard to the children. These will concern parental responsibility and its exercise, the visiting and communication regime for the progenitor who does not have custody, support, and the place where the children will live. The court will order these measures in contentious proceedings (articles 91 and 92 CC), but when it is a mutually agreed process the spouses will make the decision in the settlement agreement (article 90 CC). In this latter case, the court, the court clerk or the notary public must approve the spouses' agreement, and it may be rejected if considered harmful to the minors or seriously prejudicial to one of the spouses. The current text of article 90 CC contemplates the circumstance in which, the parties having been advised by the court clerk or notary public of the harmful or seriously prejudicial nature of any of the clauses of the settlement agreement, “the approval of the (new) proposed settlement agreement” will be exclusively for the court. The court clerk or notary public will notify the parties thereof and will terminate the application, meaning that the spouses may only apply to the court for approval of the proposed settlement agreement (third paragraph of article 90.2 CC).

## **2 THE RIGHT OF MINORS TO BE HEARD IN THEIR PROGENITORS' SEPARATION PROCEEDINGS**

This issue is fundamentally regulated in article 92 of the Civil Code and in article 9 of the LOPJM. Both articles have been amended by Organic Law 8/2015 of 22 July on modification of the child and adolescent protection system, and by Organic Law 8/2021 of 4 June on the comprehensive protection of children and adolescents from violence.

This right gives effect to the power granted by Spanish law to the minor, “due to being a subject to whom special protection must be granted, that their opinion be heard by the person charged with ruling on an issue that directly or indirectly affects them, so that such opinion may be taken into consideration”.<sup>3</sup> The LOPJM identifies

<sup>3</sup> RODA AND RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2014.

it with the need for minors to be heard “without any discrimination on grounds of age, disability or any other circumstance, both in the family context and in any administrative, judicial or mediation procedure that affects them and that will result in a decision impacting on their personal, family or social sphere” (article 9 LOPJM). Article 11 of Law 8/2021 has expressly identified the right of minors (children and adolescents) who are victims of violence to be heard, establishing that it can only be restricted for valid reasons and when it is not in the child’s best interest.

The LEC contains different regulation, according to whether the minor is affected by a mutually agreed or a contentious process:

In *mutually agreed processes*, it is established that “if there are underage children or children of legal age with disabilities and support measures attributed to their progenitors, the court shall obtain a report from the public prosecutor on the terms of the agreement relating to the children and they shall be heard when it is deemed necessary *ex officio* or upon request by the prosecutor, parties or members of the judicial technical team, or the child themselves” (article 777.5 LEC). For *contentious processes* it is mandatory to hear underage or incapacitated minors if they have sufficient judgment and, in any case, *if they are aged over twelve years* (article 770 LEC).

The main innovation introduced by the amendment consists of removing the obligation to carry out investigations in mutually agreed processes. In these cases, investigations will only be made if deemed necessary by the court, though remaining mandatory in contentious proceedings. Part of the doctrine, including LINACERO, considers that this legal solution is “contrary to the regulation on the right to be heard in national and international law on minors and in the Civil Code itself”.<sup>4</sup>

According to the previous drafting of article 92 CC, the minor had to be heard *if it had sufficient judgment and always if the minor were aged over twelve years*. This article has been amended by Law 8/2015, which affirms that the minor’s thoughts must be taken into account, depending on their age and “maturity”, rather than judgment, the former being considered to be a term that is “more forensic and in line with legal language” (Preamble II).

The wording of article 92.2 CC, in only referring to the need to hear minors who have sufficient judgment *when it is deemed necessary*, the wording of article 92.2 CC could have the potential to lead us to understand that the objective criteria of being aged over twelve years has been eliminated and that there has instead been established a sole criteria of sufficient capacity on the part of the minor. Despite this, however, it is the case that this criteria has been retained in other articles such as 156 and 159 CC, and on this basis we should continue to view it as necessary to hear minors when they are aged over twelve.

These twelve-year age requirements contrast with the provisions of Organic Law 8/2021, article 11.1 of which states that the public authorities are to ensure that children and adolescents are heard and listened to “without limits as to age, ensuring in all cases that this process is universally accessible in all administrative, judicial and

<sup>4</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.: Capítulo XIII. La patria potestad, en Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA). Tirant Lo Blanch, treatises, Valencia, 2016, pg. 375.

other proceedings related to proving violence and providing redress to victims. The right of children and adolescents to be heard can only be restricted for valid reasons and when it is not in their best interest”.

The final part of article 9.1 of the LOPJM provides with regard to the performance of this test that the hearing “must take place in a manner that is appropriate to their situation and state of development, taking care to preserve their privacy”. It is also expressly established that minors must receive the information that enables them to exercise this right in comprehensible language and in accessible formats that are suited to their circumstances. Hearings are also to take place with the assistance of qualified professionals or experts where necessary, taking care to preserve the child's privacy and using language that is comprehensible to them, in accessible formats that are suited to their circumstances, to explain both what they are being asked and the consequences of their opinion, while fully respecting all procedural guarantees.

Law 8/2021 also establishes that when hearing the minor, “[it will be necessary to] secure the adequate training and specialisation of professionals, methodologies and spaces to ensure that the testimony of victims who are minors is taken rigorously, tactfully and respectfully. Particular attention shall be paid to professional training, methodologies and adapting the setting to hear young victims” (article 11).

The court enjoys a considerable degree of *discretion as to the manner* of carrying out its investigations. This could give rise to a certain sense of lack of standards, but, and in spite of this broad discretion, it has become generally accepted that parents, lawyers and court representatives will not be present. This is an attempt to avoid influencing the minor and to create an environment that better encourages dialogue. The common approach to carrying out the investigation with the minor is *personal interview with the judge*, in order to obtain the minor's opinion on an issue that directly affects them. It is also common for this investigation to be carried out via *interview* with a series of *qualified professionals* who are attached to the court and form part of its psycho-social team. These professionals will issue a report that will transcribe the minor's statements and provide an interpretation of them that takes account of the minor's best interest.

The main feature of the hearing is its *non-binding nature* for the court, which has to take into account all the statements made therein, but must also consider other factors, such as the other evidence admitted, the minor's age and maturity, the minor's interest (which as previously stated is, rather, that which society or the court itself considers to be the minor's best interest), and the possible future consequences of its decision. What is therefore imperative for the court is to carry out this hearing when the minor is aged over twelve, but the child's statements will not have binding effects.

### 3 PARENT-CHILD RELATIONS: MAIN DIFFICULTIES

#### 3.1 EXERCISE OF PARENTAL FUNCTIONS IN SITUATIONS OF CONSENSUS

##### 3.1.1 SHARED CUSTODY AND POSITIVE PARENTING

The existence of a family crisis situation, regardless of whether it is a separation, divorce or annulment, requires the adoption of a series of measures to permit the regulation of family life after the break-up is confirmed.

Among the main measures to be adopted are those relating to the children, both of legal age and minors. These measures may be agreed by the progenitors if there is mutual agreement, or will have to be established by the court in the absence thereof, though in both cases a court order or public deed must record them in writing.

One of the most important issues in regulating family life after a family crisis situation is to determine how to exercise the rights and duties inherent to parental responsibility, which is held by both progenitors, from that point onward.

Both progenitors hold parental responsibility, this being an inalienable right, which means that progenitors cannot waive their rights or powers. In any case, though, they may be deprived of parental responsibility by court order (article 170 CC). However, the exercise of these rights and powers can be “distributed”, both in normal family situations and in situations of crisis. Article 156 CC establishes the general provision that “parental responsibility shall be exercised jointly by both progenitors, or by one of them with the express or implied consent of the other”. The same article provides that in the case of family crisis, “if the parents live separately, parental responsibility shall be exercised by the parent with whom the child lives”. But it expressly establishes the possibility that the court, upon a duly justified request from the other progenitor and in the interest of the child, may confer parental responsibility on the applicant, to be exercised jointly with the other progenitor, or may distribute between the father and the mother the functions inherent to its exercise.

Law 8/2021 has incorporated into this article the provision that in situations involving violence toward children or toward the other progenitor, the consent of the non-aggressor progenitor will be sufficient for underage children to receive psychological care and support, and the former must be previously informed. If the care is to be provided to children who are aged over sixteen years, their express consent will be required in all cases.

As we see, this article refers to “exercise of parental responsibility” and not to custody. It is in the LEC that the first reference to custody is found (articles 748.4, 769.3 and 770.6 LEC), and it was in 2005, with Law 15/2015, of 8 July, that article 92 CC was amended to include the concept of custody for the first time.

However, despite what appears in the law, there is no definition of what is to be understood by custody and nor can it be entirely identical to the exercise of parental responsibility. The attribution of custody to one of the progenitors in situations of separation, divorce or annulment cannot lead us to consider that this progenitor exercises parental responsibility exclusively, since many actions will require the participation of the “non-custodial” progenitor. This will include decisions regarding

education, health, disposal of property, and so on. We might say that the concept of custody fits with the idea of exercising ordinary parental functions, which do not require the consent of the other progenitors and are necessary as a consequence of daily cohabitation with the minor. Following LINACERO, we can affirm that “progenitors have the function (right-duty) to care for their children and keep them in their company. Company presumes not merely physical immediacy and living under the same roof, but also communication, affectivity and care, together with the duty to care for the children, which requires that attention be paid to their studies, interests and likes, friendships, nutrition, and health”.<sup>5</sup>

Of recent interest with regard to the concept of custody is the possibility that it may be shared between the progenitors. The advantages offered by this kind of custody are indisputable, as affirmed in the Judgment of the Provincial Court of Barcelona of 20 February 2007,<sup>6</sup> as it facilitates equality and the sharing of responsibility in the fulfilment of parental obligations. But in order for it to be possible we must start with a fundamental premise, also mentioned in the same judgment, which is that “the parents must cooperate”. This means that the progenitors must maintain fluid and responsible contact, which requires flexibility and consistently coming to agreements when faced with the changes or conflicts that will undoubtedly arise in the course of the adopted regime. The behaviour of the progenitors should turn this system into an “educational model of behaviour for the minor”. However, shared custody must be excluded in certain situations involving risk to the life, well-being or freedom of one of the spouses or of the children living in the family home (article 92.7 CC and article 65 Organic Law 1/2004, of 28 December, on comprehensive protection measures against gender violence).

These unquestionable advantages justify the legislator’s efforts to include this option as part of Spanish law. The first move to recognize this approach to custody was implemented by Law 15/2005,<sup>7</sup> which reformed article 92 CC and introduced the term shared custody into the civil Code for the first time, though certain features were not to everyone’s taste. It was introduced as an exceptional measure departing from the rule of sole custody and always provided there was a prior favourable report from the public prosecutor. The article established the following criteria for determining the appropriateness (or otherwise) of the measure:

- It will be necessary to obtain a report from the public prosecutor, whether the request is made by mutual agreement of the spouses or by only one of them (articles 92.6 and 92.8 CC).
- The court may hear the minor when they have sufficient judgment, whether this is decided by the court or requested by the public prosecutor, the court’s technical team or the minor themselves (article 92.6 CC).

<sup>5</sup> LINACERO DELA FUENTE, M: *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA)*. Tirant Lo Blanch, treatises, Valencia, 2016, pg. 579.

<sup>6</sup> Provincial Court of Barcelona (18th section), 20 February 2007 (JUR 2007, 101427).

<sup>7</sup> Law 15/2005, of 8 of July, amending the Civil Code and the Civil Procedural Law in matters of separation and divorce.

- The court may obtain a report from duly qualified specialists on the suitability of the form of exercising parental responsibility and the shared custody regime (article 92.9 CC). Among these specialists, in our view, would be the court's technical team and the technical team from the family meeting-points (FMPs).

Perhaps the true change has been introduced in recent years, in which certain Autonomous Communities, including Catalonia,<sup>8</sup> Aragon<sup>9</sup> and Valencia<sup>10</sup> have opted for shared custody as a preferred option, without the need for prior reports from the public prosecutor as in the Basque Country. This approach seeks to guarantee the equality of progenitors not only in enjoying their children but also, essentially, in complying with their parental responsibilities.<sup>11</sup>

Including this possibility in the law is fundamental in order for parents to be aware of this option and evaluate it should conflict arise. However, we can state that despite its legal recognition, Spanish society still does not make use of it in general. The option remains a second thought<sup>12</sup> in spite of the existence of a trend in the case-law favouring shared custody, considering it a normal and even desirable measure rather than an exceptional one.

### 3.1.2 SHARED PARENTAL RESPONSIBILITY AND POSITIVE PARENTING

As we have seen before, in separations and divorces by mutual agreement it is necessary to file a settlement agreement containing the agreements reached by the parties to regulate their new situation before a public notary, court clerk or court. It is precisely in this type of process where a change in mentality has become apparent, meaning something of an advance in the understanding of family obligations toward a new concept: that of shared parental responsibility. This has given rise in Spain to the idea that in the case of a family crisis, it is not only necessary for responsibilities and duties to be distributed – roles and values in the education and care of children are also shared.

Recommendation Rec (2006)19 of the Committee of Ministers to Member States on Policy to Support Positive Parenting<sup>13</sup> distinguishes two concepts:

<sup>8</sup> Law 25/2010, of 29 July, of the second book of the Civil Code of Catalonia, regarding the person and family, Official State Bulletin (BOE) of 21 August 2010.

<sup>9</sup> Law 2/2010, of 26 May, on equality in family relations upon parents ceasing to cohabit, Official State Bulletin (BOE) no. 151 of 22 June 2010.

<sup>10</sup> Law 5/2011, of 1 April, of the Generalitat, on family relations of children whose progenitors are not cohabiting. Official Journal (*Diari Oficial*) no. 6495 of 05.04.2011) Ref. Data Base 004078/2011.

<sup>11</sup> BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021 pags. 66 y ss.

<sup>12</sup> [Http://www.ine.es/prensa/np867.pdf](http://www.ine.es/prensa/np867.pdf).

<sup>13</sup> Adopted by the Committee of Ministers (*Comité de Ministros*) on 13 December 2006 at the 983rd meeting of the Ministers' Deputies.

- Parenting refers to all roles falling to parents in order to care for and bring up children, focusing on parent-child interaction and incorporating rights and obligations for the child's development and self-fulfilment.
- Positive parenting refers to parental behaviour based on the best interests of the child: it is nurturing, empowering, non-violent and offers recognition and guidance that involves setting of boundaries to enable the full development of the child.

The sixth section of this recommendation states that “policies to promote and encourage positive parenting will work best if they are based on consultation and dialogue with parents and on their voluntary involvement and participation, in order to achieve a real partnership”. Mediation is expressly named as one of the fundamental components of these policies.<sup>14</sup>

In Spain, the first legislative acknowledgement of this concept is contained in Law 15/2005. This amended the Civil Code, adding to article 68 thereof a phrase that sought to drive a profound change, stating that spouses “must, additionally, share domestic responsibilities and the care of and attention to ascendants and descendants and other dependent persons for whom they are responsible”. This was intended to ensure that the exercise of parental responsibilities would be not only positive but also shared and balanced, thereby guaranteeing the equality of rights and duties between the progenitors in addition to removing the dynamics of winner and loser, as well as encouraging collaboration in affective, educational and financial aspects (as stated in the preamble to Book II of Catalonia (II c)13) and III C) 14).

Again, regional and foral legislators were the ones to go a step further and to provide for co-parenting plans, conceived as instruments that would permit specification as to how both progenitors would exercise their parental responsibilities by setting forth the undertakings assumed with relation to the custody, care and education of their children. As the regulation states, these plans encourage progenitors to organize family life for themselves following a break-up, and to do so responsibly.

In Catalonia the term “parenting plan” was used.<sup>15</sup> Aragon introduced the term “agreement on family relations”,<sup>16</sup> in Valencia the preferred terminology was “family cohabitation plan”,<sup>17</sup> and “parenting pact” was used in Navarre.<sup>18</sup>

Co-parenting plans are based on two fundamental criteria: the interest of the minor and balance between the progenitors. The laws regulating co-parenting plans establish

<sup>14</sup> “...governments should also arrange for comprehensive guidelines and specific programmes to assist them in challenging life situations, conflict resolution, anger management through non-violent approaches and mediation techniques; prevention programmes regarding the different forms of ill-treatment of children should be promoted and parents made aware of this serious problem and of its consequences on the child's development; children should also be taught about their rights and duties in order to make them aware of the concept of positive parenting and what this means for them” (6.2).

<sup>15</sup> Articles 233-9: Parenting plan.

<sup>16</sup> Article 3: Agreement on family relations.

<sup>17</sup> Article 4: Agreement on family cohabitation.

<sup>18</sup> Law 69. Parenting pact.

the criteria to identify this “interest of the minor”, among which the following are of note:

- The effective bond of the children with the progenitors or other family members.
- The progenitors’ aptitude and attitude in safeguarding well-being, an appropriate environment and the stability of the minors.
- The time that each of the progenitors dedicated to the minors prior to the break-up.
- The opinion of the minors.
- Agreements reached before the break-up.
- The progenitors’ addresses and timetables.
- Expert reports.

Co-parenting plans place emphasis on the need for agreements to be balanced with regard to the time, money, responsibilities, guidelines and roles that each progenitor dedicates to their children. This balance is one of the goals of the mediation process, since the fundamental principles of the latter include the neutrality and impartiality of the mediator. This is specifically to ensure a balance between the parties, both in the process itself (when talking, making proposals, debating and assessing contributions) and with respect to the resolution (for example, stating the lack of balance in an agreement in which the mother takes care of the children during the week and the father does so every weekend, since the roles that each would have assumed in their relationship would be very different, with one the educator and the other in charge of leisure activities). Mediation aims to satisfy these objectives using this methodology.<sup>19</sup>

### 3.1.3 MEDIATION

The link between shared custody and mediation is not new, since mediation is a conflict resolution system that is specifically aimed at helping parties in conflict to reach a long-lasting and balanced agreement that will allow them to maintain family harmony.

Mediation is considered particularly suitable in cases where there is no extreme conflict between the progenitors, while its use is excluded in situations where such levels of conflict have developed, especially and always when there is abuse. In the latter case, the weighting of the interests in play – especially those of the child – must be performed extremely carefully and subordinated to the legal protection of the person and personality rights of affected minors. However, it has been maintained that mediation is possible in situations of serious but non-extreme conflict, as affirmed in orders handed down by the Higher Court of Justice (TSJ) of Catalonia in its Judgments 29/2008 and 9/2010, which stated that shared custody must be procured when beneficial for the minors, though family mediation or educational therapy may be imposed in certain cases.

<sup>19</sup> BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021 pags 35 y ss.

Mediation first began to be regulated via various Recommendations, which encouraged but did not oblige national governments and parliaments to recognize and introduce mediation in different legal fields, such as family<sup>20</sup> and consumer law<sup>21</sup> in 1998 and criminal law in 1999.<sup>22</sup>

It was not until 2008 that mediation was regulated in binding form at European level, via Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, which established a term for transposition into domestic law that expired on 21 May 2011.

The Spanish case is a striking one; there has been a large amount of regional, rather than national, regulation in the area of family mediation since 1998. Despite this, the need for a national law to regulate mediation and access to the profession of mediation has been frequently raised, both in the area of family conflicts and with regard to any other kind of conflict. Following the directive and aiming to avoid European sanctions for the delay in transposition, the Spanish government published Royal Decree-Law 5/2012, of 5 March, on civil and commercial mediation. Three months later Ley 5/2012, of 6 July, on mediation in civil and commercial matters,<sup>23</sup> which is essentially a copy of the preceding Royal Decree-Law, was published with minor and insignificant changes.

The four key aspects developed through this regulation are: training for the mediator; publicity via a Registry that is dependent on the Ministry of Justice; civil liability insurance; and promotion of a simplified mediation procedure via electronic means.

The conflicts addressed in family mediation are fairly clear in Spain, its autonomous regulation on this matter being detailed and express. Pursuant to article 8 of the Law on Mediation of the Community of Madrid, conflicts covered will be those relating to:

- Partner problems: marriages or *de facto* couples, with regard to resolving intra-family cohabitation conflicts or reaching the necessary agreements for separations and divorces.
- Family problems: covering conflicts among other family members. Therefore, it is possible to distinguish intergenerational mediation, including conflicts between persons linked up to the fourth degree by blood or marriage, and mediation in inheritance disputes.
- Foster care: disputes between the fostered person, the foster family and the biological family and negotiation of agreements to establish guardianship.
- Adoption: meetings between biological and adoptive family in the exercise by adopted persons of their right to know their origins.

<sup>20</sup> Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation.

<sup>21</sup> Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (98/257/EC). Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (2001/310/EC).

<sup>22</sup> Recommendation No. R (99) 19, of the Council of Europe, on Mediation in Penal Matters.

<sup>23</sup> This domestic law has recently been completed by Royal Decree 980/2013, of 13 December, developing certain aspects of Law 5/2012, of 6 July, on mediation in civil and commercial matters.

- Certain laws also include mediation for family businesses, in order to manage business disputes with a significant family dimension.

Mediation aims to provide its participants with the tools (which in many cases they had but have lost as a consequence of the dispute) to be able to adequately manage their conflicts. Reference to adequate management is fundamentally to responsible and collaborative participation in which one can step into another's shoes and understand their needs, addressing problems in a way that seeks to secure the well-being of others and, fundamentally, of minors.

The mediator defends the interest of the minors and must always bear in mind their needs and interests, but will not be the decision-maker, meaning they will have to help the progenitors to define how responsible parenting should be understood in their specific case, how minors should participate in the process of taking decisions that directly affect them, and what decisions may harm any of the parties.

In this regard, family mediation law also emphasizes the need to take into account the interest of the minor as a principle of the mediation, in addition to it being an obligation assumed by the mediator. The mediator appears as a guarantor of these interests in the process, as stated in the regional family mediation regulation, since this interest is not one-size-fits-all, but rather must be moulded to the needs of each minor and each family.

### 3.2 THE EXERCISE OF PARENTAL FUNCTIONS IN CONTENTIOUS SITUATIONS

The exercise of parental functions is directly affected by a situation of family crisis, essentially due to the absence of cohabitation of the progenitors following separation meaning that there will no longer be a shared and simultaneous exercise of those responsibilities. Hence the reminder to mothers and fathers in article 92.1 CC ("Separation, annulment and divorce shall not exonerate parents from their obligations to their children") must be related to the reality generated by a crisis and possible break-up.

When this crisis situation is also aggravated by an absence of agreements in establishing rules for the care of affected minors, the progenitors will have no recourse other than to follow the contentious route in order to resolve the conflict.

There are two moments here at which it is appropriate to pause. The first is that of the court order, when the court must balance a series of factors occurring in the case at hand to establish a custodial system for the minors and, where applicable, a system for relations with the non-custodial progenitor or certain family members or close relatives (articles 94, 160 and 161 CC). As stated, even in these conflictive situations article 92 CC permits custody to be agreed, because it is considered that this will allow the children to make effective use of their right to have relations with both progenitors. As doctrine and case-law have repeatedly declared, decisions must be based on the interest of the minors who the measure will affect, for which reason certain criteria must be taken into account, including: the previous practice of the progenitors in their relations with the minor and their personal qualities; the stated wishes of competent minors; the number of children; compliance by progenitors with

their personal duties; the outcome of legally mandated reports; and, in short, any other criteria that would provide minors with an adequate standard of living, though in practice it may be more difficult for this standard of living to be maintained than when the progenitors live together or resolve their disputes by mutual agreement. For these purposes, the psycho-social report referred to in articles 92.6 and 92.8 CC must examine the specific case, providing a detailed reflection of the minor's present and past circumstances in terms of each progenitor's compliance with their parental responsibilities.

The second moment to take into account is when there are problems involving fulfilment of the decision, whether because the reality does not coincide with what is provided therein or because new factors must be taken into account. Firstly, despite having established a strict individual custody system, the progenitors may by common tacit or express agreement create a situation of shared parental responsibility in which they share or divide tasks and duties in the sphere of parental responsibility with a collaborative and cooperative attitude. Similarly, despite the imposition of a shared or extended custodial regime, we may find that serious disagreements between the progenitors prevent the collaborative exercise of parental responsibility required by this type of agreement. In both cases, the progenitors will have standing to request an amendment to the court measure or agreement, but as stated in articles 90 and 91 CC, the request will only be upheld in the event of "substantial alteration in the circumstances". It must hence be assessed whether there is really a contradiction between the custodial regime that was put in place and reality.

In these cases, it is essential to maintain the central role of the principle of best interest of the minor, as does all domestic legislation (article 92 CC, articles 233-238 Catalan Civil Code and article 80.2 Aragon Family Code) and the principle of shared parental responsibility should not be diminished. In this respect it must be considered that the content of shared responsibility should be consistent with the idea of positive parenting; that is, "parental behaviour based on the best interests of the child that is nurturing, empowering, non-violent and provides recognition and guidance which involves setting of boundaries to enable the full development of the child" (1. Definitions, in the aforementioned Recommendation Rec (2006) 19).

Along similar lines, Organic Law 8/2021 is based on the need to offer progenitors measures that have an impact not only when the crisis has already taken place but at previous stages too, with a range of preventive measures and measures offering parenting support that facilitate the prevention of situations involving violence toward the minor. Chapter III is dedicated to the family setting. Its starting point is that the concept of the family, in its multiple forms, is the basic unit of society and the natural environment for the development of children and adolescents. It must therefore be the priority for all public authorities as it is the frontline in the prevention of violence against children; a culture of proper treatment must be fostered even during pregnancy. The law hence reinforces the resources for providing families with support, advice and care in order to avoid risk factors and increase prevention. It states that all family policies must adopt a positive approach to family intervention in order to enhance the autonomy and capacity of families and eradicate the idea of considering the most vulnerable families as the only ones in need of support when they are not working properly. The law notably refers to the positive exercise of parental

responsibility as an integrating concept, establishing measures that are intended to encourage and develop relevant skills with special attention to protecting the best interest of the minor in cases of family break-up and gender violence in the family setting.

#### 4 THE LINK BETWEEN CUSTODY AND USE OF THE FAMILY HOME.

Article 96 of the Civil Code has been amended by Law 8/2021 of 2 June on the reform of civil and procedural law to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity.

Before this amendment, in the absence of agreement between the spouses, “the use of the family home and the objects of ordinary use therein [was] for *the children and the spouse in whose company they remain*”.

This article entails granting the children a right to use the family home. Moreover, it involves not only assigning this right of use to one of the spouses (the one who lives with the minors) but also depriving the other of the same thing (this latter spouse being obliged to leave). Understood in this manner, there are no end of questions and no simple answers come to mind, at least from the technical legal perspective. Among others: is this a right that is assigned to minors while they remain as such? If this is not so, that is, if they do not lose the right on coming of age, until what point do they enjoy it? And is it necessary to obtain their consent for any disposal of the home?

What is certain is that this article defines the true bone of contention in the majority of separation or divorce proceedings. The home is currently becoming a luxury item. Obtaining a mortgage as an individual is practically unthinkable for the vast majority of Spaniards living on an average wage, and more so when separation or divorce necessarily entail an increase in ordinary family costs. Staying in what has to that point been the marital home can become a matter of survival for the person who remains and of profound injustice for the one who is deprived of the right to use.

The text of article 96 CC has enabled this purely financial bone of contention to be covered over by a more “socially accepted” conflict: the fight for custody of minors. The article limits itself to assigning use to the minor and to the spouse to whom custody is assigned, without taking into account any of the situations that could indicate that another solution may be more appropriate, such as availability of other homes, the proximity of other family members or relatives, or whether the property is owned or rented. Remaining in what was previously the marital home can become a question of survival for the person who stays, and one of profound injustice for the person who is deprived of their right to use it.

The amendment introduced to article 96 CC by Law 8/2021 leaves this article reading as follows: “In the absence of a court-approved agreement between the spouses, the use of the family home and the objects of ordinary use therein shall correspond to the common underage children and to the spouse in whose company they remain, until they all reach legal age. If any of the underage children are in a situation involving disability that means it is appropriate for them to continue to use the family home after they have reached legal age, the court shall determine the length of time for which this right shall persist, based on the prevailing circumstances.

For the purposes of the foregoing paragraph, children in common who are of legal age and are in a situation involving disability that means it is appropriate for them to continue to use the family home at the time of the annulment, separation or divorce are deemed equivalent to underage children who are in a similar situation.

Upon the conclusion of the use provided for in the first paragraph, the housing needs of those lacking financial independence are to be met as provided in Title VI relating to support among relatives.

This means that the use of the family home is allocated for a limited period of time – until the children reach legal age – and the rules regulating the right to support among relatives will apply to children of legal age who are not financially independent from then onwards.

## 5 VISITING RIGHTS: WITH PARTICULAR REFERENCE TO MEETING POINTS

### 5.1 THE RIGHT OF MINORS TO HAVE RELATIONS WITH THEIR PROGENITORS

The right of minors to have relations with their progenitors, also known as visiting rights with the non-custodial progenitors, is established among minors' rights in both domestic and international law. This right may be defined as “the organization of the regime for communication, stays and relations between the progenitors and children or between certain family members (essentially grandparents and siblings) and close relatives and the minors, in those cases in which cohabitation is not habitual”.<sup>24</sup>

The Preamble to the Convention on the Rights of the Child, adopted by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1989, takes particular pains to underline the primordial responsibility of the family as regards protection of the child, legal and non-legal protection of the child being necessary in order for their rights to be made effective. Article 9 of the Convention provides that “*States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests*”.

When a person is a minor in Spain, the parents have a series of powers and rights that help them to properly fulfil their protective and educational obligations arising out of parental responsibility, among which are the power-duty (*facultad-deber*) to look after the children, *have them in their company*, feed them, educate them and provide them with a comprehensive upbringing (paragraph 1 of article 154 CC), as well as to represent them and manage their property (paragraph 2 of article 154 CC).

These powers, recognized as the content of parental responsibility, are held not in one's own benefit but rather, fundamentally, *in the benefit of the minors*. This leads us to an important statement: visiting rights are recognized for parents as a right not merely of the progenitor but also, fundamentally, of the minor. It is true that parents have the right to protection of their relations with their children. But this protection

<sup>24</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.: Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. (VVAA). Tirant Lo Blanch, tratados, Valencia, 2016, pg. 601.

is granted to them not so much as holders of that right, but rather as a necessary instrument to guarantee the right of another – the minor – to have contact with their progenitor.

It is precisely the benefit of minors, and not of progenitors, which must be taken into account when shaping the exercise of this right. LINACERO<sup>25</sup> identifies the following issues to be taken into account in establishing the visiting and communication regime:

- Accord particular significance to the wishes of the children in setting and organizing the regime for relations with the non-custodial progenitor, particularly when minors have sufficient maturity and always when they are aged over 12 years.
- Enable the suspension or suppression of visits if one of the progenitors has been involved in ill-treatment, corruption, neglect or negligent treatment or any behaviour that places the minor at risk.
- Attend to the visiting demands of grandparents, siblings, family members and other close relatives.
- Provide for the suspension of visits in permanent foster care situations except where to do so would go against the interest of the minor.
- Establish various measures, including criminal consequences for behaviour by the progenitor that repeatedly hinders the right to communication.
- In cases of custody being assigned to one of the progenitors, provide for the express recognition of a broad communication regime for the non-custodial progenitor, fulfilling the right to have information on and control over their children.

This right is regulated in article 90 CC for family crises that are resolved by mutual agreement. The article establishes that the settlement agreement must contain a communication and visiting regime with the progenitor who does not live with the children, as well as with grandparents if deemed necessary. Meanwhile, article 94 CC regulates<sup>26</sup> contentious situations, providing that the court will determine the time, form and place for exercise of the right, and may limit or suspend it if the circumstances make such action advisable or if there is serious or repeated non-fulfilment of the duties imposed in the court order. Specifically with relation to the possibility of suspending or altering the exercise of this right, articles 65 and 66 of Organic Law 1/2004, of 28 December, on comprehensive protection measures against gender violence, as drafted pursuant to the LOMSPIA, contemplate the possibility of the court suspending the exercise of parental responsibility, custody, foster care, guardianship, custodianship or *de facto* care, and the visiting or estancia regime, relations or communications of anyone accused of gender violence with respect to

<sup>25</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia.* (VVAA). Tirant Lo Blanch, treatises, Valencia, 2016, pg. 607.

<sup>26</sup> Article 94 Cc establishes in this regard: “*The progenitor who does not live with their underage or incapacitated children shall be entitled to visit them, communicate with them and have them in their company. The court shall determine the time, manner and place to exercise visitation rights, which may be limited or suspended in the event that serious circumstances so advise it or of serious or repeated breach of the duties imposed by the court order.*”.

dependent minors or, in any case, must rule on the manner in which such rights are to be exercised, adopting the measures necessary to guarantee the security, well-being and recovery of the minors, with regular monitoring of the situation.

Within the context of parent-child relations, visiting rights are regulated in articles 160 and 161 CC. These articles were reformed by the LMSPIA.

Article 160 CC governs the regime for minors to visit their parents when the latter have been deprived of parental responsibility, since they retain the opportunity to have relations with their children unless provided otherwise by the competent court. The same article extended minors' rights in this respect to expressly include siblings.

Article 161 CC, meanwhile, addresses the relations between a minor *in a situation of administrative custody or guardianship* and their family members. In this case, it will be the public authority that is competent for the protection of the minor, and such body will be able to regulate visits and communications, being entitled to suspend them on reasonable grounds following a hearing. The head of the facility, foster family or other agents or professionals will inform the public authority of any evidence of negative effects that visits may be having on the minor.

The visiting regime for minors who are in *foster care* is regulated by the LOPJM as amended on these matters by the LMSPIA, and specifically in articles 20.2, 20.3, 20 *bis*, 21 and 21 *bis*. Article 20.2 provides that the visiting regime may take place at authorized FMPs when this course of action is in the interest of the minor and in accordance with the right to privacy of foster families.

The visiting regime for *adopted* minors is regulated in article 178 CC. This article provides that when the interest of the minor makes it advisable, visits may be agreed with such members of the original family as are deemed appropriate. Article 178 CC in fact provides that the suitability certificate "must state whether the persons who offer to adopt would agree to adopt a minor who would maintain relations with their original family" (article 178 CC *in fine*). It is stated that such relations will be implemented with the intermediation of the public authorities or entities that are accredited for such purpose, which we understand as undoubtedly including FMPs.

## 5.2 THE RIGHT TO VISITS WITH GRANDPARENTS AND OTHER CLOSE RELATIVES

The minor's right to visits and communication is recognized with relation to both progenitors and the remaining family members, and very particularly with regard to grandparents in the latter case.

The situation concerning visits with grandparents underwent a significant change in 2003, with the enactment of Law 42/2003, of 21 November, amending the Civil Code and the Civil Procedural Law regarding family relations between grandchildren and grandparents. This law was intended to recognize and emphasize the importance of grandparents in contemporary family life. Their role is crucial not only in terms of offering support in caring for and attending to minors, but also as a source of moral authority in minors' upbringing, hence the need to distinguish them from other "family members and close relatives".

Yet however laudable and logical it may seem to distinguish the figure of the grandparent from other close relatives, they were in fact already recognized as able

to request visits with their grandchildren via the former text of article 160 CC, the second and third paragraphs of which stated that “personal relations between the child and other family members of close relatives may not be prevented without just cause. In the case of opposition, the court, at the request of the minor or of the close relative, shall decide according to the circumstances”.

Doctrine and case-law maintained that family members of course included grandparents, in addition to all people linked to the minor by blood, whether in the direct or collateral line, and therefore including siblings.

Close relatives would include anyone who, without having a family relationship, has ties to the minor due to a close, family-like relationship. This would include the spouse (where not a progenitor of the minor) when they have lived with the minor (whether or not legally separated from the progenitor or adoptive parent of the minor).

The 2003 law introduced a new sub-section (b) to article 90 CC, related to the content of the settlement agreement: “The settlement agreement mentioned in article 81 and 86 of this Code must contain at least the following items: ... b) If deemed necessary, the schedule of visits and communications between grandchildren and their grandparents, always taking into account the interests of the former”.

This reform raises important procedural questions. What happens if, once they are recognized in this settlement agreement, the progenitor does not permit visits with the grandparents? Who can enforce the execution of the settlement agreement and obtain the judgment ordering such enforcement? The grandparents are not parties to the agreement and merely provide their consent; still less are they parties to the marital proceedings. How will they go about requesting the enforcement of an agreement to which they are not party? Presumably they would have to request that their child (progenitor of the minor) seek to enforce it – and what happens if they do not wish to do so?

We must take into account that grandparents’ visiting rights will at no time enjoy the same breadth as a progenitor’s visiting rights. This means that grandparents will be unable to claim the same rights and duties as a parent, since they are not in the same position.

### 5.3 PROBLEMS IN COMPLIANCE WITH THE VISITING REGIME: FMPS AND PARENTAL COORDINATION (PC)

The consistent increases in both the number and conflictive nature of family crises requires on-going decisions from judges as regards parental responsibility, custody and the visiting regime for progenitors who do not live with their children.

Observing the family reality after a separation reveals that minors are on many occasions directly or indirectly affected by the violence caused as a result of the parental conflict. Spouses become overwhelmed and incapable of managing a situation in which, on one hand, a difficult and contentious separation is taking place, and on the other, they are required to fulfil the child’s right to maintain relations with the other progenitor. The violence arising out of this situation directly affects the quality of the minor’s relations with their progenitors.

There is considerable variation in the problems that may occur. There may be repeated lateness in pick-ups and drop-offs, obstruction by one of the progenitors to

differing degrees of the relationship with the other progenitor or their extended family, or systematic breaches of the visiting regime established in the order justified on the basis of the minor's health or even on the child themselves instigating the conduct in breach of the agreement because they do not wish to see the other progenitor.

The measures that may be adopted when faced with the situations described above may include: ordering the custodial progenitor to deliver the child to the visiting parent; using the State's security forces and officers to enforce delivery of the child before the Court; the Instructing Court issuing a declaration of disobedience; the issuance of fines; or the most effective measure, threats to change (or actually changing) custody. All these coercive measures have proven insufficient to guarantee compliance with the provisions of court orders, and moreover, such a situation may entail serious psychological violence for the minor.

The court's activity does not merely consist of resolving the conflict. It must also attempt to adopt the solution it considers to be most favourable for the future, essentially based on the main and prevailing interest in all these proceedings: that of the minor. Meeting points and parenting coordination (PC) have been created precisely for this reason. These are measures to which the court can resort in cases involving intense conflict, so that the progenitors can be assisted by professionals who help them to manage the conflict as well as possible and provide them with tools to make the decision that best fits the family circumstances.

Meeting points contain an interdisciplinary team of professionals that seeks to eliminate the obstacles to minors having visits with their progenitors, whether by negotiation or observation.

A variety of specific regulation pertaining to this type of resource has been enacted from the creation of meeting points in Valladolid in 1996 until the present day. The first example of this regulation was Decree 93/2005, of 2 September, on Family Meeting-Points in the Principality of Asturias.<sup>27</sup> The definition of a meeting point as set forth in its article 2.a) is as a *“temporary intervention alternative, carried out in a suitable and neutral place attended by a technical team, where the members of a family in crisis can meet in order to facilitate relations between minors and their family members, following the instructions that are established where applicable by the competent judicial or administrative authority in order to comply with visiting rights and where the security of the minor and of the members of the family in conflict is guaranteed”*.

These social services seek to understand the real problem behind the failure to comply with the visiting regimes (lack of interest of or manipulation by the parent, refusal by the child) and inform the court of the real situation, thereby being able to take effective measures in this respect.

The meeting point becomes an impartial “witness” to a situation that is observed over an extended period of time, but also acts as a social service whose principal sphere of action is enabling compliance with court-ordered visiting regimes, thereby guaranteeing the right of minors to maintain relations with the non-custodial progenitor and the latter's family.

The objectives of these meeting points include the following:<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Official Journal of the Principality of Asturias (BOPA) no. 214, Thursday 15 September 2005.

<sup>28</sup> Article 3 Decree 93/2005, of 2 September, on Family Meeting-Points in the Principality of Asturias.

- Guaranteeing compliance with the visiting regime as a fundamental right of the minor.
- Guaranteeing the safety of the minors, of the victims of domestic violence and of any other vulnerable family member during the implementation of the visiting regime.
- Obtaining reliable and objective information regarding parental attitudes, which will help to defend the minor's rights if necessary during other administrative or judicial procedures.
- Facilitating the minor's meeting with the non-custodial progenitor and with the latter's family.
- Allowing minors to express their feelings and needs.
- - Enabling adults to reach agreements aimed at resolving the on-going conflict and providing professional guidance for the development of parenting skills that are necessary to improve relations between the minor and the family.
- Covering the need for the presence of an impartial and neutral third party who will supervise the visits between minors and non-custodial progenitors and families.

The Spanish courts have started to ask parenting coordinators<sup>29</sup> to intervene in situations involving intense conflict between the progenitors. Some of their key features are as follows:

- 1 They represent an alternative dispute resolution (ADR) system that can be understood as an “auxiliary to the judiciary”, defined by experts as a hybrid of legal and mental health practice.
- 2 They intervene in highly intense conflicts between progenitors, acting to protect the minor.
- 3 They are appointed by the courts or by agreement of the progenitors in the execution of a ruling ordering the implementation of a co-parenting plan.
- 4 They must be trained professionals with experience in family conflicts.

Parenting coordination developed in the United States during the 1990s in response to the growing number of families involved in long-running separation and divorce proceedings, with the resulting impact on the health of minors. In order to improve this situation, the first projects with referrals to experts known as “special masters” were approved. Other names have subsequently been given to these experts, including wise counsel, advisor to the court, parenting facilitator and “mediator/arbitrator”. Parenting coordinators have now been specifically regulated in several States including Colorado (2005), Idaho (2002) and Louisiana (2007), while other jurisdictions have recognized them through case-law.

There is no specific regulation of parenting coordination in Spain. Case-law has therefore developed this new professional area based on the previously existing law. The functions that parenting coordinators can perform include parental education,

<sup>29</sup> BLANCO CARRASCO, M: El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad. *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, N° 1, 2021.

assessment and coordination with other professionals, conflict management using mediation techniques, and even, perhaps most controversially, a *decision-making function*.<sup>30</sup>

The functions that have been excluded for parenting coordinators include offering legal advice and providing psychological treatment. In no case, then, can they provide psychotherapy, expert reports on custody, mediation or legal advice.

The parenting coordination process consists of the following series of structured sessions:

- Initial phase, in which the necessary information is provided and doubts over the parenting coordinator's function are clarified. In this phase, the parenting coordinator conducts individual or joint interviews with the parties in which they explain the intervention approach and resolve queries, as well as creating an appropriate and constructive environment and setting for the process to start.
- Implementation phase, in which problems and solutions are identified through meetings with parents and children.
- Maintenance phase, in which the parenting coordinator prepares the progenitors to manage their problems alone and without assistance.
- Final phase, consisting of providing the court with the final report that outlines the actions taken and offers relevant suggestions.

These two instruments – family meeting points and parenting coordination – will enable the courts to better assess not only the interest of the minor, but also the measures that should be adopted at any given time in view of the progenitors' abilities and attitudes, while at all times seeking to prevent harm to the minor.

## 6 BIBLIOGRAPHY

BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021.

BLANCO CARRASCO, M: El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad. *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 1, 2021

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, CONSERJERÍA DE FAMILIA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (2006): *Guía de Intervención en los Puntos de Encuentro de Castilla y León*. Graficas Andrés Martín, S.L. Valladolid.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: Capítulo XIII. La patria potestad, en *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos Sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios (VVAA)*. Tirant Lo Blanch, tratados, Valencia, 2016

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

<sup>30</sup> BLANCO CARRASCO, M.: *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad*, Reus, Madrid, 2021.