

LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN FUNCIÓN  
DEL CONCRETO Y NO ABTRACTO INTERÉS SUPERIOR DEL  
MENOR. COMENTARIO A LA STS NÚM. 679/2013, DE 20 DE  
NOVIEMBRE (RJ 2013, 7824)

*THE GRANTING OF CHILD CUSTODY ROLE ACCORDING CONCRETE  
AND NO ABSTRACT CHILD'S BEST INTERESTS. COMMENT ON STS NO.  
679/2013, OF 20 NOVEMBER (RJ 2013, 7824)*

*Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 562-575*



Sonia  
RODRÍGUEZ  
LLAMAS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de septiembre de 2014  
**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de octubre de 2014

**RESUMEN:** La decisión sobre la atribución de la guarda y custodia de un menor viene determinada por su interés superior, concretándose el mismo de forma principal en su bienestar y estabilidad emocional, con independencia de los vínculos de filiación existentes.

**PALABRAS CLAVE:** Guarda y custodia, patria potestad, menores, interés del menor, favor filii, orden público, filiación.

**ABSTRACT:** The decision on the award of custody of a child is determined by their best interests, taking shape it's main form in their welfare and emotional stability, regardless of the links existing filiation.

**KEY WORDS:** child custody, custody, parental authority, children, children's best interest, parenthood, filiation.

**SUMARIO:** I. titularidad y ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia: criterios judiciales de atribución.- II. El interés del menor.- 1. Encuadre normativo: su trascendencia como norma de orden público.- 2. La revisión en casación del “interés del menor”.- 3. Un acercamiento al concepto del “interés del menor”.- 4. Criterios determinantes del “interés del menor” en la atribución de la guarda y custodia.

---

## SUPUESTO DE HECHO

Se interpuso procedimiento de modificación de medidas definitivas por la representación procesal de D. Julián, contra Doña Encarnación, en la que se solicitaba, entre otros pronunciamientos, la atribución de la guarda y custodia de las menores Olga y Águeda. En concreto, respecto de la menor Águeda interesa señalar que su filiación paterna fue impugnada por don Julián, en el año 2005, y determinada a favor de don Cirilo en el año 2006.

La SJPI atribuyó la guarda y custodia de una y otra a don Julián, justificándolo, respecto de Águeda, en razón a “las especiales relaciones que ha tenido con éste y por ser hermanas de los dos hijos comunes de éste con su madre, quien dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma”. Dicha atribución se hace al amparo de los arts. 92, 103.1º.II y 158, todos ellos del CC, así como de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor:

La SAP revocó la SJPI y asignó la guarda y custodia de la menor, Águeda, así como la correspondiente patria potestad, exclusivamente a la madre, Doña Encarnación, sin señalar régimen de visitas respecto de D. Julián. También atribuyó a Doña Encarnación la guarda y custodia de Olga, siendo la potestad compartida, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre.

Se recurre en casación la sentencia por la representación procesal de D. Julián, al presentar la sentencia recurrida interés casacional por oponerse a la doctrina jurisprudencial del TS relativa al “interés del menor”, aunque en otros ámbitos.

### • Sonia Rodríguez Llamas

Es Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se doctoró en el año 2004 con la máxima calificación. Ha centrado sus líneas de investigación en la responsabilidad civil, el derecho de consumo y el derecho de familia. Ha escrito múltiples artículos y monografías entre las que destacan: La responsabilidad civil del fabricante por daños causados por productos defectuosos, de la que se han publicado dos ediciones por la Editorial Aranzadi, una en 1997, y una segunda edición revisada y actualizada en 2002. En el ámbito del derecho de la familia, destacan sus publicaciones en mediación familiar: La mediación familiar en España: Concepto, Fundamento y Modelos Jurídicos, Tirant lo Blanch, 2010, así como su participación como docente en numerosos cursos y Másteres sobre mediación y derecho de familia. Correo electrónico: sonia.rodriguez-llamas@uv.es.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS entiende que la valoración del “interés superior del menor” puede ser objeto de una revisión conceptual en casación, y cuando de conferir la guarda y custodia se trata, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista abstracto de la familia biológica, sino que ha de atenderse al interés superior “real” que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad de la vida familiar cuando resulta indudablemente beneficiosa para el menor.

## COMENTARIO

### I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA: CRITERIOS JUDICIALES DE ATRIBUCIÓN.

La sentencia objeto de análisis termina por reponer íntegramente la sentencia dictada por el JPI núm. 5 de las Palmas de Gran Canaria en la que se atribuyó la guarda y custodia de las menores Olga y Águeda a D. Julián. En cuanto a la menor Olga, dicha atribución de guarda y custodia no llama especialmente la atención si tenemos en cuenta que D. Julián es padre de dicha menor en virtud del proceso de adopción llevado a cabo en el año 2001, y por tanto titular de la patria potestad sobre la misma. A primera vista, lo que llama la atención es esa misma solución en el caso de la menor Águeda, y ello por cuanto D. Julián en el año 2005 inició un procedimiento de impugnación de su filiación paterna respecto de dicha menor, habiendo sido determinada la misma a favor de D. Cirilo, tercero en el presente procedimiento, en el año 2006.

Este concreto motivo, es decir la impugnación de la filiación paterna por D. Julián fue lo que llevó a la AP de Las Palmas de Gran Canaria a asignar la patria potestad así como la guarda y custodia de la menor Águeda a su madre, sin ni siquiera señalar un régimen de visitas respecto de D. Julián, quien ya sólo tenía un vínculo afectivo pero no legal con la menor.

Finalmente el TS revocó la decisión de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, dando lugar a la situación nada habitual, pero sí posible y legal, de que habiéndose impugnado la filiación respecto de una menor, y estando determinada la misma a favor de un tercero, sea esa misma persona que impugnó la filiación (D. Julián) quien finalmente ostente la guarda y custodia de la menor. Dado lo peculiar de la situación conviene precisar los conceptos de patria potestad y guarda y custodia, así como los criterios para la atribución de esta última a favor de una persona que no ostente la patria potestad.

La determinación de la filiación, matrimonial o no matrimonial, lleva aparejada una serie de relaciones jurídicas, de las que surgen deberes recíprocos entre padres e hijos. El CC regula las relaciones paterno-filiales y, entre ellas, la patria potestad.

La patria potestad es un concepto más restringido que el de relaciones paterno-filiales. Aunque el CC no la defina, ni las leyes autonómicas tampoco, podemos decir que con tal expresión se hace referencia al conjunto de relaciones jurídicas que unen a los padres con los hijos durante la minoría de edad de éstos o cuando los hijos han sido incapacitados. La patria potestad es un conjunto de facultades que se confieren a su titular para el cumplimiento de determinados deberes en beneficio del sujeto a patria potestad, del menor. Se debe ejercer siempre en beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad.

Los sujetos sometidos a patria potestad son los hijos menores de edad no emancipados y los hijos declarados judicialmente incapacitados. Por ello, para ser titular de la patria potestad es necesario que la filiación esté determinada entre dos personas, padre/madre e hijo.

La titularidad de la patria potestad se atribuye, en principio, a los progenitores, de manera conjunta y de acuerdo con el principio de igualdad. La titularidad y el ejercicio conjunto es, por tanto, la regla general. No obstante, si bien ésta es la regla general, existen supuestos en que la titularidad de la patria potestad es conjunta, pero su ejercicio es individual, situación muy frecuente en los supuestos de crisis familiares.

Hemos de partir en este ámbito de la crisis familiar del principio recogido en el art. 92.1 CC, según el cual la separación, nulidad o divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Consecuencia de ello es que seguirán en vigor todas las obligaciones derivadas de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, si bien modalizadas en su aplicación práctica por el hecho de la ruptura de la convivencia y comunidad de vida entre los progenitores.

Como regla general y por sí solo el hecho de la separación o divorcio de los padres no afecta a la titularidad de la patria potestad, pues la siguen ostentando ambos. No obstante, dispone el art. 92.3 CC que el juez acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa justa para ello. En función de lo dispuesto en el art. 170 CC, la justa causa para la privación de la patria potestad sobre los hijos menores se debe fundar en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

En cambio, respecto del ejercicio de la patria potestad (que no la titularidad como acabamos de ver) establece una regla distinta, presuponiendo que los progenitores

viven separados y que los hijos conviven con uno solo de ellos. Concretamente el art. 156 CC en su apartado quinto dispone:

“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

Así mismo, “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos” (art. 93.4 CC), lo que sucederá en el caso de existir desacuerdos reiterados que entorpezcan gravemente su funcionamiento, o en los supuestos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores (art. 156 CC).

Una de las preguntas que surgen con frecuencia en este ámbito es el deslinde entre las facultades que comprende el ejercicio de la patria potestad (que acabamos de delimitar respecto de la titularidad de la misma) y las que se circunscriben al ámbito de la guarda y custodia de los menores.

Dado que cualquiera de las situaciones de crisis familiar lleva aparejada una cesación de la convivencia entre los progenitores, uno de los aspectos a decidir es con quién permanecerán los hijos menores de edad, su guarda y custodia.

Pese a los avances que se están llevando a cabo en distintas Comunidades Autónomas en orden a determinar que el criterio prevalente en cuanto a la guarda y custodia sea la custodia compartida de los menores en caso de desacuerdo entre los progenitores [vid. DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar”, *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-9], lo cierto es que tradicionalmente se ha venido considerando que para los menores lo más adecuado era vivir sólo con uno de ellos, principalmente la madre en edades tempranas de los hijos. De hecho esta es la idea que a fecha de hoy subyace en nuestro derecho común, donde la custodia compartida si bien se contempla en el art. 94 CC, no constituye ni mucho menos la regla general, salvo que exista acuerdo de ambos progenitores para establecerla.

Se tiende a identificar guarda y custodia de los menores y ejercicio de la patria potestad, debido a que en estos casos en los que los progenitores no viven juntos, puede otorgarse el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva al guardador. Esto implica en la práctica, que sea el guardador quien decida sobre todas aquellas cuestiones que afectan a la vida de los hijos, sin que el progenitor apartado de la guarda tenga posibilidades de intervenir.

Cuando el guardador tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad, las facultades propias de la guarda y aquellas otras que conforman el ejercicio de la patria potestad, se superponen, pues las ejerce la misma persona. Por ello parece que la figura de la guarda y custodia atribuya, a quien ostente la misma, un gran poder de decisión sobre toda la vida del hijo, pero eso no es exactamente así, ya que hay decisiones o asuntos que competen al guardador como “guardador” y otros que le corresponden al guardador como titular del ejercicio de la patria potestad.

Es necesario, por tanto, encontrar un criterio que nos permita deslindar guarda y custodia de un lado y ejercicio de la patria potestad de otro, y así poder delimitar concretamente qué decisiones son competencia de cada progenitor y al abrigo de qué institución se pueden tomar unas u otras decisiones.

La guarda y custodia comprende el cuidado directo del menor. Dado que el correcto desempeño de la función de cuidado exige la convivencia entre el progenitor y el hijo, la guarda y custodia implica, junto con la función de cuidado, una situación de convivencia. Por ello los asuntos, decisiones, situaciones, etc. que deriven de la convivencia diaria con el menor forman parte del ámbito de la guarda, con independencia de que estos se refieran o afecten a la educación, formación o salud del hijo. Por el contrario, las cuestiones que no tienen relación con el cuidado y la convivencia exceden del ámbito de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio de la patria potestad siendo éste el criterio que permite distinguir ambas figuras.

En conclusión, podemos afirmar que el ejercicio de la patria potestad comprenderá aquellas decisiones de mayor importancia o trascendencia para la vida del menor -como la elección del colegio donde cursará sus estudios o el lugar de residencia-.

Como hemos dicho, en los procesos de crisis familiares, atendido el cese de la convivencia entre los progenitores, se tendrá que determinar el ejercicio de la patria potestad (conjunta o individual), así como la atribución de la guarda y custodia a uno y otro progenitor, o bien a ambos de forma compartida. Pero también en el CC se prevé una tercera posibilidad excepcional en el apartado segundo del art. 103.1º: “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes, u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

Al amparo del citado precepto, así como del art. 158 CC que prevé la posibilidad de que el Juez dicte las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, se otorga en la sentencia objeto del presente comentario a D. Julián la guarda y custodia de la menor Águeda, con quien ya no le une ningún vínculo paterno filial. Es posible por tanto, que se atribuya la guarda y custodia de una menor a quien no está vinculado con la misma por una relación de filiación,

atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto, y sobre todo al interés superior de la menor:

## II. EL INTERÉS DEL MENOR.

### I. Encuadre normativo: Su trascendencia como norma de orden público.

El principio de interés superior del menor viene recogido por numerosos textos tanto internacionales, europeos, nacionales y autonómicos con la finalidad de proteger los derechos de los menores en su beneficio.

El interés superior del menor es un principio que tiene como finalidad proteger a los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía. Este principio, también denominado “favor filii”, será aplicado a todos los procedimientos en los que intervenga o pueda verse afectado todo menor de edad.

Son muchos los textos legales internacionales que forman parte hoy del acervo común, entre ellos la Convención de Derechos del Niño de 1989, ratificada por España que dispone que en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración especial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1), añadiendo que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, no obstante esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés del niño.

En España, el interés superior del menor se encuentra recogido en la CE (art. 39.4), cuanto consagra que los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, desarrollado, posteriormente, en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor; en cuyo art. 2 se dice expresamente que en la aplicación de la presente ley primará en el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y en el art. 3 se dispone que los menores gozaran de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

Además, el CC recoge en numerosos artículos esta expresión, “interés del menor”, para darle relevancia y preferencia en cualquier ocasión en que viene a regular derechos de los menores, así en el art. 103.1 en cuanto establece las medidas

provisionales a adoptar; en caso de falta de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia; art. 137 para permitir a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación; el art. 149 para limitar la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad; el art. 156 regulando el ejercicio de la patria potestad; el art. 161 que trata del derecho de visita de parientes al menor acogido y la posibilidad de que sea regulado o suspendido en interés del menor; art. 172.4 en caso de guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo, estableciendo que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia; art. 173.3 y 4 en caso de acogimiento; arts. 216 y 224 estableciendo y regulando la tutela, entre otros.

Toda esta normativa constituye parte de lo que ha venido en llamarse “estatuto jurídico del menor”, sobre cuya naturaleza se ha pronunciado tanto el TS como el TC. En la sentencia que analizamos, el TS, en contestación a la cuestión relativa a la oposición a la admisión del recurso de casación señala que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”.

En una línea si cabe más avanzada cabe situar la STS 17 septiembre 1996 (RJ 1996, 6722), donde establece: “el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor; según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Como se puede observar, la configuración del principio del interés del menor como norma de orden público, en opinión del TS, no vincula únicamente a jueces

y tribunales sino que abarca también a todos los poderes públicos, e incluso a los padres y al resto de los ciudadanos, esto es, a toda la sociedad.

Esta calificación como norma de orden público, de “ius cogens”, norma imperativa, es dato importante, en la medida que justificará un tratamiento procesal específico de cuantos conflictos interpersonales en que se hallen implicados intereses de menores lleguen a los tribunales. La interpretación de algunas normas concretas, la resolución de conflictos de interés de los menores con otros, los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales, tales como la patria potestad como más significativa [RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid (2007): Dykinson, p. 36].

## 2. La revisión en casación del “interés del menor”.

Determinado el carácter de orden público de la normativa que regula el interés del menor, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá.

Por tanto, el interés menor tendrá aspectos casacionales, y será susceptible de revisión por parte del TS en aquellos casos en los que lo que se pretenda no sea una nueva valoración de la prueba practicada en el procedimiento, sino la revisión de si atendidos los hechos probados en el procedimiento por parte del Tribunal se ha hecho una valoración adecuada de lo que constituye el interés del menor.

En el caso que nos ocupa, D. Julián no cuestiona la realidad de haber impugnado la paternidad de la menor, y por tanto que ya no le liga una relación de filiación con la misma, ni el alto grado de conflictividad entre las partes, ni la acreditación de la existencia de vínculos afectivos entre él y la menor, o los impedimentos e incumplimientos llevados a cabo por la madre y su inestabilidad emocional. Esa es la realidad acreditada en el procedimiento, y por lo tanto, lo que sí posee interés casacional es la valoración que del interés de la menor hace la AP teniendo en cuenta todas esas circunstancias.

En palabras del TS: “Esta Sala ha venido repitiendo que ‘la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre’ [tal como afirma la STS 9 marzo 2012 (RJ 2012, 5241) , con cita de las SSTS 22 julio 2011 (RJ 2011, 5676) y 21 julio 2011 (RJ 2011, 5438)]. La razón se encuentra en que ‘el fin último de la norma es la

elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor; en interés de este' [...] 'La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección'" [STS 27 abril 2012 (RJ 2012, 6105)].

### 3. Un acercamiento al concepto del "interés del menor".

Uno de las dificultades más importantes que nos encontramos los intérpretes del Derecho cuando abordamos el tema del "interés del menor" es la ausencia de un concepto legal concreto sobre el mismo. Pese a que como hemos visto este principio se encuentra recogido en numerosos textos legales de distinto orden, ninguna norma nos da un concepto o aproximación exacta sobre qué debe entenderse por "interés del menor", configurándose como un concepto jurídico indeterminado, o relativamente indeterminado como sostiene parte de la doctrina. Esta circunstancia posee ciertas ventajas pero también algún inconveniente: "Ciertamente, la fórmula del concepto jurídico indeterminado (en este caso, en mi opinión, sólo relativamente) presenta aspectos positivos pero también destacados inconvenientes. Entre sus principales ventajas sin duda sobresalen las más amplias y mejores posibilidades de adaptación al específico supuesto que se pretende resolver ofrecidas por una genérica mención, que no constriñe al encargado de aplicar la norma a hacerlo con sometimiento a la estrechez de unos parámetros predeterminados, permitiéndole una flexibilidad adecuada a las concretas circunstancias que se deben valorar. Esta dimensión resulta especialmente útil en la ponderación del interés del niño pues, como apunté, en este ámbito no pueden funcionar los mismos criterios de solución para todos los supuestos habida cuenta de la peculiar identidad de cada sujeto y de las circunstancias concretas que, desde la individualidad del menor, perfilan cada situación. Por contra, esta indeterminación normativa plantea el inconveniente de hacer depender la solución acordada esencialmente del criterio propio de su emisor, y ello determina la singular relevancia que en este ámbito adquiere la sensibilidad, formación y perspectiva personal del mismo en orden a la estimación de la situación planteada, lo que en definitiva se traduce en una palpable inseguridad jurídica manifestada en la disparidad de soluciones (vgr. decisiones jurisprudenciales) que respecto de un mismo caso se pueden llegar a ofrecer." [CASTILLO MARTÍNEZ, C.: "El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar", *Estudios sobre el matrimonio y la familia* (2003), núm. 25, pp. 25 y ss.].

Se constata entonces que el interés del menor es un concepto subjetivo y no autónomo en la medida que depende del análisis de las circunstancias que rodean al menor afectado. En este mismo sentido, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ: "Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés

del menor como criterio de decisión”, *Actualidad Civil* (1999), núm. 12, p. 308, define el principio del interés del menor como “concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del Juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias que adquiere a lo largo del proceso, en base a los datos aportados por las partes interesadas, para lo cual debe prescindir de sus principios personales, convicciones políticas, religiosas o educativas, sobre el matrimonio, la familia, los hijos y el divorcio”.

Por ello, y con la finalidad de evitar en la medida de lo posible decisiones discrecionales por parte de los aplicadores del derecho, resulta necesario el establecimiento de unos mínimos criterios de determinación del “interés del menor”.

#### **4. Criterios determinantes del “interés del menor” en la atribución de la guarda y custodia.**

En el ámbito concreto de la atribución de la guarda y custodia, cualquier decisión que se tome en relación con los hijos menores de edad ha de venir presidida por el principio “favor filii”, de forma que han de adoptarse las medidas que satisfagan mejor sus intereses. El problema se agudiza en este ámbito concreto de crisis familiar, donde en la mayoría de los supuestos la convivencia forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del TS que lo que ha de primar a la hora de elegir el sistema adecuado en cada caso concreto, es el interés del menor, y no lo que convenga al interés de sus progenitores, “pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda” [STS 10 enero 2011 (RJ 2012, 3642)].

Las dificultades vienen a la hora de determinar los criterios con arreglo a los cuales ha de determinarse qué es lo que más conviene al menor. Como recuerda la STS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606), relativa a los criterios para la atribución del régimen de custodia compartida, el CC no contiene una relación de circunstancias para tal labor, lo que no ha impedido que con base en reflexiones lógicas y con atención al derecho comparado, se haya elaborado un cuerpo de criterios tales como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente y otros similares.

Las consideraciones que acabo de realizar sirven para contextualizar la importancia de la doctrina fijada en la sentencia objeto de este comentario, donde no se cuestiona la procedencia de la custodia compartida, sino la idoneidad de atribución de la guarda y custodia monoparental de una menor a quien legalmente ha dejado de ser su padre por haber impugnado su paternidad respecto de la misma. También en este supuesto resulta necesario el establecimiento de unos mínimos criterios de determinación del “interés del menor”, y así lo hace el TS al entender:

a) La valoración del interés del menor, en un contexto difícil en razón a los conflictos generados por sus progenitores, no permite poner fin a unas relaciones que se han mantenido entre el padre no biológico y la menor, cuando es evidente la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos, ya que la niña no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente.

b) El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés [STS 13 junio 2011 (R) 2011, 4526], y debe valorarse desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción porque lo acordado es beneficioso para la niña (la menor estaba bajo la guarda del recurrente mucho tiempo al seguirse un proceso penal contra la madre que tenía una orden de alejamiento en relación a sus hijas).

c) Es cierto que en el momento actual, D. Julián no puede ser considerado progenitor respecto de la menor pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, acordándolo como medida excepcional de atribución de la custodia a un tercero, al amparo de los arts. 103,1ª, párrafo 2º, y 158 CC, y art. 11.2 LO 1/1996, de 15 enero.

d) Califica la situación de fuera de lo normal, agravada por una situación prolongada de litigios, civiles y penales, con grave y evidente riesgo de desprotección infantil, si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan, especialmente por lo que respeta a la madre que ha tratado de eliminar de la vida de sus hijas la figura paterna, “dando primacía a su odio”.

De lo anterior podemos concluir que un criterio fundamental que determina el interés del menor es la valoración de su bienestar emocional. En este sentido los autores anglosajones se remiten al significado del “welfare”, que incluye el bienestar material con carácter secundario, siendo lo principal el bienestar afectivo, la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el propio carácter, personalidad y talentos del niño.

Este mismo criterio del bienestar emocional ya había sido aplicado por la jurisprudencia menor; así la SAP Valencia 17 diciembre 2004 (JUR 2005, 66633) establece que el interés del niño no puede ser medido “bajo parámetros de confort material, pues en el ámbito de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -derecho francés, son ‘besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... c’est son équilibre psychique qu’il faut mettre au premier rang»- o al amplio concepto de bienestar aplicando el, ‘Welfare principle’ anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo”.

“Como vemos –añade la referida sentencia- su estabilidad y paz por su incidencia en el desarrollo de su personalidad, son aspectos decisivos a la hora de adoptar una decisión de beneficio para los mismos, de ahí que como en el derecho anglosajón, se estime que alcanza el valor jurídico de principios –‘welfare principle’-. Los jueces, en los procesos en los que están implicados menores, han asumido el ‘interés del menor’ como principio jurídico, de preferencia, sobreposición y por ende de exclusión, de cualesquiera otros intereses subjetivos que puedan colisionar con dicho interés, que se convierte en protagonista, norte y rector de la decisión judicial. La vaguedad del concepto debe concretarse, con la realidad del hecho que se presenta al enjuiciamiento en la disputa o conflicto, dándole audiencia en su interés, y resolviendo en pro de la solución que más se ajuste, con criterios de racionalidad y experiencia judicial, al desarrollo libre e integral de su personalidad, protegiendo el bienestar espiritual y material del menor”.

La doctrina aplicada a este supuesto en concreto pone de manifiesto la importancia que para el TS posee la estabilidad emocional de la menor; más allá de la concurrencia o no de la condición legal de progenitor en el titular de la guarda y custodia.