

LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DEL AÑO 2021 QUE AFECTAN A LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

María Dolores PALACIOS GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo
dolpalac@uniovi.es

En principio no hay mejor manera de conocer las intenciones del legislador en una nueva norma que acercarse a su preámbulo o exposición de motivos, según los casos. En la Ley 8/2021, de 2 de junio, ya el título nos indica su finalidad de reformar la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que hace, básicamente, estableciendo un sistema de apoyos que sustituye a la tradicional incapacitación o modificación de capacidad y que lógicamente afecta a cuestiones referidas a la infancia y a la adolescencia con discapacidad. Como consecuencia del cambio legislativo, que supone un giro copernicano en la materia, desaparece la institución de la tutela para los adultos —y también las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada—, aunque sí se mantiene para los menores «que no estén protegidos por la patria potestad» (apartado IV del preámbulo). Llama aquí la atención que el legislador de 2021 siga utilizando el término tradicional «patria potestad» cuando ya en reformas anteriores había dado un paso adelante hacia su sustitución por «responsabilidad parental» para ir dejando atrás cualquier connotación de poder o autoridad.

«Fuera ya de este marco» —dice el preámbulo— son muchas las normas jurídicas reformadas, entre las cuales nos anuncia una nueva redacción del art. 96 CC relativo a la atribución del uso de la vivienda conyugal tras la nulidad, la separación o el divorcio de los cónyuges, lo que va a afectar a sus hijos menores de edad, y cambios en las reglas sobre la determinación de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad, temática esta última de la que no nos ocuparemos en el presente trabajo.

Por su parte, la Ley 8/2021, de 4 de junio, sí tiene como objetivo principal modificar la legislación directamente relacionada con las personas

menores de edad; concretamente, como también se refleja en el título, para proteger a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. El concepto de violencia que se adopta es muy amplio abarcando toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. Se incluye el maltrato físico, psicológico o emocional; los castigos físicos, humillantes o denigrantes; el descuido o trato negligente; las amenazas, injurias y calumnias; la explotación, incluyendo la violencia sexual; la corrupción; la pornografía infantil; la prostitución; el acoso escolar; el acoso sexual; el ciberacoso; la violencia de género; la mutilación genital; la trata de seres humanos con cualquier fin; el matrimonio forzado; el matrimonio infantil; el acceso no solicitado a pornografía; la extorsión sexual; la difusión pública de datos privados, así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar. Se trata de una ley que enfrenta algunas cuestiones civiles, que son las que aquí nos ocupan principalmente, pero que afecta sobre todo a la regulación de la actuación de las Administraciones Públicas y también, en gran medida, a la legislación penal.

Por último, tenemos la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre régimen jurídico de los animales, para tener en cuenta «su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad» (párrafo segundo del apartado I del preámbulo). En lo que a este estudio interesa, afecta al art. 92 CC en relación con el régimen de custodia compartida en casos de nulidad, separación o divorcio de los progenitores.

I. LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

1. **Modificación del art. 91 CC: la situación de los hijos menores de edad con discapacidad en las sentencias de nulidad, separación y divorcio**

Dice el precepto en su nuevo párrafo segundo: «Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia

del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad»¹.

Hay que partir aquí de que, de acuerdo con la disposición final cuarta del Código Civil, la discapacidad a la que se refiere el legislador en este artículo es la que supone necesidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Aunque en principio pudiera pensarse en cualquier tipo de discapacidad², una interpretación sistemática de las modificaciones del Código Civil y el contenido de los apoyos que se recogen nos lleva a sostener que el legislador, al establecer las medidas de apoyo, está pensando en personas con discapacidad psíquica, con la falta de autogobierno que, con anterioridad, fundamentaba la modificación de la capacidad por las causas recogidas en el art. 200 CC.

En estos casos, y de acuerdo con el art. 249 actual, se prevé que se adopten medidas que, inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, permitan el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Concretamente, las medidas de apoyo que se recogen son, además de las de naturaleza voluntaria establecidas por la propia persona, generalmente en previsión de una futura discapacidad, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial.

El nuevo segundo párrafo del art. 91 trata de prever que ante una crisis de pareja —nulidad, separación o divorcio— los hijos menores de edad pero que se acercan ya a la mayoría —mayores de dieciséis años— y que necesitan también apoyo por razón de su discapacidad psíquica no se vean privados del mismo cuando alcancen la mayoría de edad, estableciéndose las medidas más adecuadas a sus circunstancias, incluido el hecho de que sus progenitores van a vivir separados.

¹ En el párrafo primero se prevé que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, ha de determinar las medidas que entienda procedentes en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico matrimonial y las cautelas o garantías respectivas.

² Según la Convención de las Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, fundamento de la reforma, las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Es la misma definición que años más tarde recoge nuestro Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social.

De acuerdo con el nuevo sistema de apoyos y teniendo en cuenta que la guarda de hecho ha pasado a considerarse un apoyo permanente, de la misma entidad que la curatela o el defensor judicial, cuando una persona menor de edad con discapacidad alcanza los dieciocho años lo normal será que continúe adecuadamente atendida por sus progenitores que, juntos, seguirán ejerciendo como guardadores. Pero en caso de que se hayan separado o divorciado —o más excepcionalmente, que se haya declarado nulo el matrimonio— siendo el hijo o hija menor de edad, cuando llegue a la mayoría y dependiendo de la entidad de la discapacidad, su situación personal va a cambiar necesariamente y es posible que necesite que se establezca un sistema de apoyo.

No obstante, la manera en que el legislador afronta la cuestión plantea muchos interrogantes, sobre todo en cuanto a su encaje con la filosofía del sistema previsto tras la reforma. Para empezar, el precepto dice que en estos casos la sentencia «resolverá» (imperativamente) sobre el establecimiento y modo de ejercicio de las medidas de apoyo, cuando con carácter general no se prevé que un juez tenga que establecer apoyos si existe una guarda de hecho que esté funcionando adecuadamente. Puede perfectamente ocurrir que tras la separación de los progenitores y con independencia de lo que se haya previsto mientras aún es menor de edad, cuando el hijo o hija con discapacidad alcance la mayoría quede convenientemente —teniendo sobre todo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias— en compañía de uno de ellos, ejerciendo los dos la guarda de hecho en el sentido de apoyarlo en el ejercicio de su capacidad jurídica, o también que pase días o temporadas con cada uno. Y esto, que será lo adecuado salvo que la discapacidad sea tan importante que excepcionalmente requiera que la persona quede apoyada por un curador con facultades representativas o por un defensor judicial, no es algo que en nuestro sistema de apoyos haya de preverse por un juez en una sentencia³. También es verdad que puede interpretarse que la previsión no es imperativa si en lo que nos fijamos no es en el verbo «resolverá» (la sentencia), sino en que seguidamente se dice que las medidas, «en su caso», entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. Ese «en su caso», junto con la expresión hijos mayores de dieciséis años «que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su

³ De acuerdo con el art. 269 CC: «La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad».

incapacidad», permite defender que no siempre han de establecerse apoyos en la sentencia; la necesidad de medidas de apoyo hay que valorarla tanto en el momento de la ruptura de la pareja como, sobre todo, cuando el hijo o la hija alcance la mayoría de edad, y no solo en relación con las limitaciones que conlleva la discapacidad y con la situación personal, sino también con el hecho de que el menor mayor de dieciséis años haya hecho o no sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad, algo que dispone el art. 254 CC que analizaremos más adelante al ser también fruto de esta reforma.

Además, se suscitan también dudas de carácter procesal —en las que no profundizaremos—, pues el art. 91 continúa diciendo, tras el párrafo que hemos transcrito más arriba: «En estos casos la legitimación para instarlas [las medidas de apoyo], las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad». Nos remite, por tanto, al nuevo procedimiento contencioso de provisión de medidas de apoyo recogido en los arts. 748 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴, cuando el sistema actual prevé que en caso de que una persona necesite apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica lo que procede inicialmente es instar la provisión de los mismos en un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que podrá llegar a decidirse que no es necesaria una medida judicial por quedar la persona suficientemente apoyada en el entorno social o comunitario y solo en caso de oposición, que dará lugar al archivo del expediente, procede instar el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Probablemente el motivo de esta regulación es que el legislador solo pensó en los supuestos más graves en los que la ruptura se produce en un procedimiento contencioso y conflictivo y el hijo o hija tiene una discapacidad con una situación que hace prever la necesidad de nombrar un curador cuando alcance la mayoría de edad.

En cualquier caso, si la separación o el divorcio es de mutuo acuerdo, las eventuales medidas de apoyo que se quieran para el menor de más de dieciséis años tendrán que establecerse en el convenio regulador —pese a

⁴ Según la regla 8.ª del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducida por el apartado veintinueve del artículo cuarto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, «En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad».

que el art. 90 no ha sido reformado en este sentido— en el que tendría que constar el consentimiento del propio menor, evidentemente si puede darlo, en coherencia con ese art. 254.

2. El art. 94 CC: el derecho de los padres a visitar a sus hijos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía tras la nulidad, la separación o el divorcio

Al regular el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor con el que no convivan o, en caso de guarda y custodia compartida, en los periodos en que no estén en compañía de uno de ellos, la situación de los mayores de edad o emancipados con una discapacidad por la que precisen apoyo para tomar «la decisión» [*sic*] se asimila a la de los menores de edad. Concretamente se prevé que en la sentencia, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, se establecerá el tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho que, por otra parte, podrá ser limitado o suspendido si se dieran circunstancias relevantes que lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Se establece también con carácter general en el párrafo cuarto del artículo que no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Las previsiones de este párrafo han sido ya puestas en tela de juicio en tanto en cuanto por lo que se refiere a la primera puede quedar afectado el derecho a la presunción de inocencia y, en cuanto a la segunda, porque legitima al juez civil para valorar la existencia de indicios de delito con consecuencias restrictivas de derechos. En cualquier caso, también se prevé que, no obstante lo anterior, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

Lo que no procederá en ningún caso es la determinación de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos arriba mencionados.

Tal y como ya estaba previsto, aunque cambiando la redacción, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita recogido en el art. 160 CC⁵, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado de una persona menor de edad, que deberá prestar su consentimiento⁶. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor.

3. Atribución del uso de la vivienda familiar tras la nulidad, separación y divorcio

El art. 96 CC establece distintos criterios en función, básicamente, de si la pareja tiene o no hijos menores de edad. Según el párrafo primero, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Pese a la expresión lega, la doctrina, teniendo también en cuenta distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), considera que la asignación corresponde al cónyuge y no a los hijos, aunque su fundamento sea precisamente la protección de estos últimos⁷, en principio porque se considera positivo que, no habiendo cumplido aún los dieciocho años, continúen en el mismo ambiente en el que estaban creciendo. Sin embargo, tras la reforma se sigue manteniendo la redacción que ya existía salvo algún matiz y, así, se recoge que el uso de la vivienda y los objetos «corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden». Sí se concreta, como puede observarse, que ha de tratarse de hijos «menores» y «comunes», algo que ya había sido establecido por la doctrina y la jurisprudencia. Además, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, se reconoce el derecho «hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad».

⁵ De acuerdo con el mismo, no pueden impedirse sin justa causa las relaciones personales de un menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados por lo que, en caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias.

⁶ Parece que ahora se exige el consentimiento del menor en cuyo caso habrá que entender que siempre y cuando tenga suficiente madurez y en todo caso si es mayor de doce años.

⁷ Vid. M. CUENA CASAS, «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. III, *Los regímenes económico matrimoniales (I)*, 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, p. 348.

La jurisprudencia ha considerado que el hecho de que el cónyuge con quien se queda el hijo disponga de una vivienda que cubra adecuadamente todas sus necesidades es un motivo para admitir la atemperación del rigor del art. 96 CC⁸. No obstante, la nueva redacción del precepto sigue sin aludir a dicha posibilidad, con lo que presumiblemente se mantendrá la interpretación correctora del alto tribunal; claro que otra opción es decidir que si el legislador de 2021 no ha modificado el precepto será porque realmente no quiera atemperar el rigor de la norma en ningún caso, por más que esto sea lo que le haya parecido adecuado al Tribunal Supremo.

Por último hay que decir que, habiéndose detectado reiteradamente la necesidad de establecer unos criterios de atribución específicos para el caso de que se atribuya la custodia compartida de los hijos a ambos progenitores, el legislador no ha aprovechado la reforma⁹.

4. Sobre el ejercicio de la responsabilidad parental: el art. 156 CC

Ya hemos tenido ocasión de comentar que el legislador tampoco ha utilizado la oportunidad que se presentaba para erradicar la denominación «patria potestad» al referirse a las facultades que tienen los padres en relación con sus hijos menores de edad. Aquí preferimos, no obstante, referirnos a la responsabilidad parental.

En este ámbito, la reforma incide en las previsiones que se recogen en el párrafo segundo del precepto, que a su vez había sido introducido por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, según el cual «dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores

⁸ Así se ha mantenido, por ejemplo, en las SSTS 191/2011, de 29 de marzo; de 5 de noviembre de 2012 (RJ 10135), o 284/2016, de 3 de mayo.

⁹ La jurisprudencia aplica en estos casos el párrafo segundo del precepto y la previsión establecida para el caso de que unos queden en compañía de un progenitor y otros en la del otro. En definitiva, que «el juez resolverá lo procedente», siendo el interés a proteger el que posibilite compaginar las estancias de los hijos con los dos padres teniendo en cuenta todas las circunstancias, en concreto la titularidad de la vivienda, y pudiendo establecerse un límite temporal tal como recoge el párrafo tercero del precepto para los matrimonios sin hijos [STS de 24 de octubre de 2014 (RJ 5180)].

de edad, debiendo el primero ser informado previamente». Se añade: «Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación». «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 puede observarse, se trata de evitar que el causante del daño o, en su caso, el presunto causante, tenga la potestad de evitar la atención y asistencia psicológica de sus hijos.

Se mantiene que, en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los progenitores podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

También que si los progenitores viven separados —entendiendo que separación de hecho o cuando los progenitores nunca han llegado a convivir—, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, pero la autoridad judicial, 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 ambos las funciones inherentes a su ejercicio¹⁰.

¹⁰ En el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado por el Ministerio de Justicia el 24 de julio de 2014, pero que no llegó a aprobarse como Ley, se modificaba esta regulación para establecer que: «Aunque los progenitores vivan separados, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos salvo que el juez resolviera, en interés de los hijos, que aquella sea ejercida total o parcialmente por aquel con quien los hijos convivan». De esta manera se resolvía la incongruencia que la regulación que aún se mantiene implica respecto de la situación de los hijos tras la nulidad, separación o divorcio de sus progenitores, en la que la regla general es el ejercicio compartido de la patria potestad.

5. La posibilidad de adoptar medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona menor de edad para cuando alcance la mayoría

Ya hemos tenido oportunidad de comentar la difícil inteligencia de las previsiones del art. 91 CC en relación con los hijos menores de edad y mayores de dieciséis años que necesitan apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica en caso de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores. Y que cabe la posibilidad de que se establezcan medidas para cuando cumplan los dieciocho años de acuerdo con el procedimiento previsto al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al hilo de esta cuestión ya hemos mencionado también el art. 254 CC que, recogido dentro de las disposiciones generales del capítulo dedicado a las medidas voluntaria de apoyo, dice que en los dos años anteriores a la mayoría de edad de una persona menor de edad sujeta a patria potestad o tutela respecto de la que pueda preverse razonablemente que después de cumplidos los dieciocho años precise apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, se puedan establecer la medidas que correspondan para cuando llegue ese momento. Podrá solicitarlas el propio menor, sus progenitores, el tutor o el Ministerio Fiscal, si lo estima necesario.

De acuerdo con el sistema procesal de provisión de apoyos al que ya hemos tenido ocasión de referirnos, la solicitud habrá de hacerse en el expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el art. 42 bis.a), b) y c) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Así, parece que el establecimiento de apoyos en favor de la persona mayor de dieciséis años para cuando alcance la mayoría de edad habrá de realizarse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero si sus progenitores se están separando o divorciando en un procedimiento contencioso.

Además, según este mismo art. 254, las medidas solo se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

II. LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO

Antes de entrar en las reformas legislativas que esta Ley realiza en materia civil, ciñéndonos concretamente a las que afectan al Código Civil, es relevante destacar que entre las medidas preventivas que se recogen en la norma con la finalidad de proteger a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia se prevé la intervención en el ámbito familiar (art. 27) con un mandato a las entidades públicas en el ámbito de sus competencias para que proporcionen a las familias y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección. Se pretende crear así un entorno seguro para los niños, niñas y adolescentes, y apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. Entorno seguro es el que respeta los derechos de la infancia y promueve un ambiente protector físico, psicológico y social, incluido el entorno digital.

Se prevé que se promueva el buen trato¹¹, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva que la ley define como el comportamiento de los progenitores o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, a la educación en derechos y obligaciones, que favorezca el desarrollo de sus capacidades, que ofrezca reconocimiento y orientación, y que permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.

En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con el síndrome de alienación parental u otras situaciones que la Ley califica de situaciones sin aval científico. Por cierto, esta consideración negativa del llamado «síndrome de alienación parental», que también se desprende del tercer

¹¹ Buen trato es el que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, de las niñas y de los adolescentes.

apartado del art. 11 relativo al derecho de las víctimas de violencia a ser escuchadas, cuando dice que «los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración», impide definitivamente, a nuestro entender, que como tal síndrome pueda ser tenido en cuenta por el juez civil a la hora de decidir las medidas relacionadas con los hijos en los procesos de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores.

Se recoge también que las Administraciones Públicas han de impulsar medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de la parentalidad positiva en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. En particular, medidas destinadas a prevenir la pobreza y las causas de exclusión social, la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del diálogo social, a través de horarios y condiciones de trabajo que permitan atender adecuadamente las responsabilidades derivadas de la crianza, y el ejercicio igualitario de dichas responsabilidades por hombres y mujeres.

Las Administraciones Públicas han de elaborar y/o difundir materiales formativos en materia de derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo contenidos específicos referidos a combatir roles y estereotipos de género que sitúan a las niñas en plano de desigualdad, y contenidos sobre la diversidad sexual y de género, como medida de prevención de conductas discriminatorias y violentas hacia niños, niñas y adolescentes.

Se aborda especialmente la situación de ruptura familiar (art. 28) previendo que las Administraciones, en el ámbito de sus competencias, adopten medidas especialmente dirigidas a las familias en esta situación con hijos y/o hijas menores de edad, a fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para el bienestar y el pleno desarrollo de los mismos.

Entre otras se prevé el impulso de los servicios de apoyo a las familias, los puntos de encuentro familiar y otros recursos o servicios especializados de titularidad pública que permitan una adecuada atención y protección a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, y el impulso de los gabinetes psicosociales de los juzgados y de los servicios de mediación y conciliación, con pleno respeto a la autonomía de los progenitores y de los niños, niñas y adolescentes implicados.

Por último, se presta especial atención a las situaciones de violencia de género (art. 29).

Por lo que se refiere a la reforma de la legislación vigente, además de las modificaciones del Código Civil que relacionamos seguidamente, la Ley también afecta a algunas cuestiones en materia de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, y concretamente a las causas de cese de la tutela que la entidad pública ostenta sobre los menores en situación de desamparo (art. 172.5 CC), a las actuaciones de protección en general y en casos de urgencia (arts. 12 y 14 bis de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, respectivamente), a la situación de riesgo (art. 17 de este último texto legal), a la situación de las personas menores de catorce años en conflicto con la Ley (art. 17 bis) y al acogimiento familiar (art. 20).

1. Reforma del art. 92 CC y el interés superior del menor

Aunque el precepto al que se refiere este apartado sufre alguna modificación, los cambios son realmente de poca trascendencia en el sentido de que alteran poco la situación anterior, si bien la materia sobre la que inciden es de especial relevancia. Señala en general el preámbulo de la Ley que la disposición final segunda, que es la que se refiere al artículo comentado, tiene la finalidad de reforzar el interés superior del menor en los procesos de nulidad, separación y divorcio.

En su párrafo segundo el legislador se preocupa de incidir en que las resoluciones que, tras la nulidad, separación o divorcio, haya de adoptar el juez en relación con la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, han de adoptarse previa audiencia de la persona afectada, de acuerdo con su interés superior. Concretamente señala que el juez ha de emitir una resolución motivada en ese interés superior sobre el cumplimiento del derecho de los hijos a ser oídos¹². Por lo que se refiere a este derecho, el párrafo 6 recoge también la necesidad, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, de oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor¹³. Es

¹² «El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y *emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión*»; el inciso en cursiva es lo que añade la reforma.

¹³ Según el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, el derecho a ser oído, que es derecho a ser oído y escuchado, implica que no puede existir ninguna discriminación por edad, dis-

posible que el inciso se haya introducido para que quede clara la posibilidad de que el juez decida no oír al hijo menor de edad incluso aunque tenga más de doce años si es lo que se acomoda a su interés superior y siempre que la resolución sea motivada. Esto es algo que ya había dicho el Tribunal Supremo (Sentencia de 25 de octubre de 2017), reconociendo la contradicción entre el apartado 6 del art. 92 CC y también el art. 9 LOPJM, que no imponían al juez la necesidad de oír al menor mayor de doce años, y la regla 4 del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí lo hace¹⁴.

Por otra parte, el art. 92 mantiene la imposibilidad de acordar la guarda y custodia compartida si no lo insta al menos una de las partes, algo que creo reseñable teniendo en cuenta que en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental de 24 de julio de 2014 se establecía que, excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicitara el ejercicio compartido de la guarda y custodia, el juez podría acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior del menor¹⁵.

capacidad o cualquier otra circunstancia, y que las opiniones de la persona menor de edad habrán de ser debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y la madurez. Para ello, 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. Continúa diciendo el precepto que las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando 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. También que se garantizará que el menor con suficiente madurez pueda ejercitar el derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez ha de valorarse por personal especializado teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar la situación. Se considera, en todo, caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos —evidentemente en estos procedimientos de nulidad, separación o divorcio no será generalmente lo adecuado— o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza, pudieran transmitirla objetivamente. Siempre que se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que los represente, la resolución será motivada en el interés del menor —lo que se reitera en el art. 92 según nuestra interpretación del mismo— y comunicada al Ministerio Fiscal y al menor (y, en su caso, a su representante) indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En la sentencia habrá de hacerse constar el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

¹⁴ Sorprendentemente la imposición se mantiene a pesar de la reforma de la regla por la Ley 8/2021 de 2 de junio.

¹⁵ Esta concreta previsión mereció el dictamen desfavorable del Consejo de Estado.

Por último, para reforzar la garantía del cumplimiento de las medidas que se adopten en relación con la guarda y custodia de los hijos y con el régimen de estancia, relación y comunicación con los progenitores, se añade un último párrafo, el 10, en el que se dice expresamente que el juez ha de adoptar «las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos». Es destacable este último inciso en relación con el interés superior de las personas menores de edad, pero que no debería de haberse recogido «de rondón» en un párrafo relativo a las garantías para la eficacia del régimen establecido.

2. De las relaciones paterno-filiales: el art. 154 CC

Se reforma el precepto para determinar que el lugar de residencia habitual de un menor solo podrá ser modificado con el consentimiento de los dos progenitores, titulares ambos de la patria potestad o, en su defecto, por autorización judicial. Esta previsión afecta a las situaciones en que la guarda y custodia corresponde a uno de los progenitores, pues el ejercicio de la responsabilidad parental será, normalmente, compartido. Como hemos visto que señala el art. 92 CC, para que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, tras la ruptura matrimonial ha de acordarse en beneficio de los hijos en el convenio regulador o decidirlo el juez expresamente en beneficio de los hijos. También es posible que, fuera de los casos de crisis matrimonial, la patria potestad sea ejercida exclusivamente por uno de los progenitores en caso de ausencia o imposibilidad del otro (párrafo cuarto del art. 156). Por último, hemos visto que, según el párrafo quinto del art. 156, en caso de separación de hecho la responsabilidad parental se ejerce en principio por aquel con quien el hijo conviva, pero la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro, va a poder, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

En este mismo art. 154, cuya finalidad es regular las relaciones entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y sus hijos, se establece, desde la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, que si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. El precepto se refiere, por tanto, a las decisiones que se toman en el ejercicio de la patria potestad. Pare-

ce equivocarse, por tanto, el legislador de 2021 cuando añade aquí que la necesidad de audiencia existirá tanto si el procedimiento es contencioso como si es de mutuo acuerdo, y que «en todo caso se garantizará que los hijos o hijas puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario», pues se está centrando en los procesos de separación y divorcio, que es un ámbito ajeno al precepto, regulado en otro lugar del Código (*vid.* arts. 92 y 94); además, la referencia parece limitar la necesidad de audiencia a los hijos o hijas a este ámbito contencioso y dejar fuera lo que realmente se quiere establecer aquí, en este artículo, el hecho que hay que oírlos al tomar cualquier decisión que les afecte en el ámbito familiar, lo que, por otra parte, queda cubierto con la previsión general del art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

3. El art. 158 CC y las medidas que el juez puede adoptar para proteger a las personas menores de edad

Son medidas que el juez puede dictar a instancia del propio hijo¹⁶, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dentro de cualquier proceso judicial o penal o en un expediente de jurisdicción voluntaria, garantizando la audiencia de la persona menor de edad. Tras la reforma se recoge que el Tribunal pueda ser auxiliado por personas externas para garantizar que ese derecho de audiencia pueda ser ejercitado por la propia persona menor de edad¹⁷.

A las ya existentes se añade la posibilidad de suspender cautelarmente la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia y la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones en favor del progenitor con el que los hijos no convivan, establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado.

¹⁶ El precepto sigue utilizando la palabra «hijo» aunque en las sucesivas modificaciones que ha ido teniendo el precepto desde su primera redacción se han ido ampliando las medidas inicialmente previstas para abarcar algunas que pueden entrar en juego aunque no haya progenitores o, habiéndolos, no tienen a los hijos en su compañía.

¹⁷ *Vid.* también aquí el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

III. LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE

En el párrafo 7 del art. 92, tras relacionar las situaciones en las que tras la nulidad, separación o divorcio no procederá la guarda conjunta de los progenitores, se añade un último inciso diciendo que «se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas» (se refiere al otro cónyuge o a los hijos que convivan con ambos).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hasta aquí una primera aproximación a las últimas reformas en espera de los comentarios que vaya aportando la doctrina científica y, sobre todo, de ver qué problemas reales suscita su aplicación práctica.

Como se ha podido observar, las dos leyes principales sobre las que trata esta breve crónica legislativa inciden en la protección civil de las personas menores de edad, pero al ser recogidas en normas con finalidad principal diferente (establecer un sistema de apoyos para las personas con discapacidad) o específica (proteger a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia), modifican cuestiones puntuales sin una revisión sistemática de las regulaciones a las que afectan. Por ello es fácil que en no mucho tiempo alguno de los preceptos que aquí se han mencionado vuelva a modificarse. Si se hace para solucionar cuestiones que se siguen manteniendo abiertas —por ejemplo, para establecer claramente los criterios que el juez ha de tener en cuenta a la hora de adjudicar la vivienda familiar tras la nulidad, la separación o el divorcio en caso de acordarse la custodia compartida de los hijos menores de edad—, para solucionar los problemas que la práctica vaya revelando o para enmendar errores del legislador, el cambio habrá de ser bienvenido, pero la falta de una revisión general y sistemática siempre conlleva un riesgo para la coherencia de cualquier sistema normativo.