

Centro de Estudios Garrigues

Legal Essay Competition 2020

Premio otorgado *ex aequo*. Categoría GRADO

**Paradojas jurisprudenciales del menor en tiempos de confinamiento:
la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida y la
garantía del interés superior del menor durante la COVID-19**

Francisco Javier García Morales

4º de Grado en Derecho

Universidad de La Laguna – Santa Cruz de Tenerife

I.- INTRODUCCIÓN

Que en tiempos de inestabilidad resaltan más las virtudes y los defectos es casi una verdad universal. Un axioma de la propia sociedad y sus instituciones creadas. En España hubo, según datos recogidos por el INE (2019), más de 95.000 procesos de divorcios en el último año. Casi la mitad de estos procesos de divorcios afectaba directamente a hijos menores de edad. A pesar de implicar ello la ruptura de casi mil centenares de proyectos familiares, esta cifra fue ligeramente inferior a la del año anterior. Datos que han tendido a la baja desde 2006 y 2007, últimos años de estabilidad previos a la crisis económica.

No obstante, tras sobrepasar el ecuador del presente año 2020, y en pleno procedimiento de desescalada y vuelta a la normalidad, la Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA) reconoce un incremento tanto de consultas, que versan principalmente sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos civiles o asimismo sobre la propia modificación de medidas ya adoptadas en procesos anteriores; así como también de gestión de trámites para presentar respectivas demandas de divorcio (EFE, 2020). Dentro de estas consultas, las principales preguntas que se plantean los clientes son las mismas que se formulaban antes del confinamiento: «¿Qué va a ocurrir con los hijos tras el divorcio?», en relación a la determinación del régimen de guarda y custodia, y «¿qué va a ocurrir con la vivienda familiar tras el divorcio?», al entenderse, generalmente como el activo de mayor valor dentro de la unidad familiar, incrementándose este tras la amenaza que se cierne de un más que probable segundo confinamiento (1).

Para ambas preguntas el ordenamiento ha reiterado mismas soluciones acordadas por medio de la jurisprudencia. Por una parte, en lo que se refiere a la atribución de la guarda y custodia, el Alto Tribunal (STS 257/2013 de 29 abril) ha establecido el régimen de guarda y custodia compartida como el «*normal e incluso deseable*» en los supuestos de crisis familiar de convivencia (2). Por otra parte, en lo que se refiere a la vivienda familiar, la atribución del derecho de uso de esta no dispone ni de una regulación precisa, ni tampoco de una solución adaptada a los tiempos y sociedad del momento. El ordenamiento positiva esta institución a partir del histórico régimen de guarda y custodia en exclusiva sobre un progenitor, siendo la jurisprudencia quien, interpretando y aplicando la ley en su función de complementar el ordenamiento jurídico (3), determinará

los criterios tanto para la aplicación como para la atribución de este derecho de uso en el régimen de guarda y custodia compartida, estableciendo con ello una garantía del mantenimiento de los vínculos filiales del menor con ambos progenitores, carencia inherente del modelo de guarda y custodia en exclusiva sobre un progenitor; a su vez que un perjuicio, menor según ponderación de los tribunales, y también inherente del modelo de guarda y custodia compartida: La alternancia domiciliaria del menor o el efecto «*niño maleta*» (4).

Ante este contexto jurídico sobre la regulación de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, contexto social consecuencia de un primer confinamiento y con atisbos de un segundo, y citando de nuevo el mantra inicial, se nos plantea una tercera pregunta dentro de las consultas: **«¿Es realmente la guarda y custodia compartida, en su atribución de mayor arraigo jurisprudencial mediante alternancia domiciliaria del menor, la respuesta jurídica más garantista en tiempos de confinamiento?»**.

II.- PARADOJAS JURISPRUDENCIALES

El modelo de guarda y custodia compartida se garantiza en el ordenamiento jurídico con la entrada en vigor de la ley 15/2005, de 8 de julio, y casi ocho años después, se establece por el Tribunal Supremo como el régimen «*normal e incluso deseable*» para el mantenimiento del «*statu quo*» (5) del menor, así como de los vínculos filiales con sus progenitores y parientes, necesarios para el desarrollo de este. Contrario a esta idea, y con arraigo histórico en el ordenamiento previo a la citada ley, el modelo de guarda y custodia en exclusiva sobre un progenitor se presentaba como la solución genérica ante los supuestos de crisis familiares de convivencia, garantizando un derecho de visitas, comunicación y estancia del menor con el progenitor no custodio, el cual, con el tiempo, podía incluso atenuar dicho vínculo familiar existente entre el menor y el progenitor no custodio, alienándose este último con la figura de un visitante de carácter temporal. La preferencia del Alto Tribunal por el primer modelo se debe a la correlación que este hace entre el mantenimiento de dichos vínculos filiales con la garantía del interés superior del menor o «*favor filii*». Esta garantía, piedra angular del Derecho de Familia en los procedimientos con menores, ha sido entendida por este tribunal como un «*criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción*»

en cada caso» (6). Entre esas medidas que inciden sobre el menor se encuentra la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar (7), la cual ha adquirido mayor relevancia jurídica como consecuencia del actual confinamiento, y dentro de esta, en los modelos de guarda y custodia compartida, la alternancia domiciliaria del menor como solución con mayor arraigo jurisprudencial ponderado en garantía del anteriormente mencionado interés superior del menor.

No obstante, a pesar de su mayor arraigo jurisprudencial en tiempos anteriores al confinamiento, *de facto* esta solución presenta, ante el nuevo escenario, una primera paradoja entre el ordenamiento jurídico y la labor científica, al establecer esta última a los niños como uno de los colectivos de mayor riesgo ante la pandemia de la COVID-19 (Infobae, 2020). La alternancia domiciliaria inherente en el modelo de guarda y custodia compartida, en este nuevo escenario y en aplicación de los criterios científicos, se presenta contraria a la garantía del interés superior del menor al ponerse en juego la salud de este con cada nuevo desplazamiento entre las viviendas de los progenitores, con el contacto del menor con nuevos objetos en cada una de estas, así como con los nuevos entornos y nuevas personas que conforman los núcleos sociales y familiares de cada progenitor. En este nuevo supuesto, la aplicación jurisprudencial que pondera a favor de la garantía de los vínculos filiales como principal criterio para la atribución de la guarda y custodia compartida, así como de la posterior atribución de la vivienda familiar con alternancia domiciliaria del menor, vulneraría la salud del este último y, por lo tanto, la garantía del interés superior del menor. Ante la falta de precedentes legales y jurisprudenciales frente a esta situación excepcional, y ante esta primera paradoja jurisprudencial, el Consejo General del Poder Judicial, en interpretación del RDL 463/2020, establece que *«corresponde al juez decidir en cada caso sobre la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias acordado en los procedimientos de Familia»* (CGPJ, 2020), y delegando en las juntas sectoriales de los Juzgados de Familia la unificación de criterios. Como resultado de ello, la única solución acordada comúnmente en todo el territorio nacional ha sido la de suspender el régimen de visitas inter-semanales acaecidas en los Puntos de Encuentro, y esto tan solo por una situación *de facto*: El propio RDL 463/2020 mantiene estos centros cerrados al público. El resto de soluciones implica el cumplimiento de las sentencias de separación y divorcio pese a que ello, en los supuestos de guarda y custodia compartida, implica una mayor exposición del menor al virus con los desplazamientos, fundamentando ello en que el estado de alarma decretado no es

«*causa legítima de incumplimiento de sentencias*». Así lo recogen las juntas de Jueces de Familia de Murcia, Zaragoza o Valladolid. Otras como las de Barcelona o Málaga establecen una solución que, si bien planteada a favor de la garantía del interés superior del menor, esta es contraria a la doctrina jurisprudencial de atribución de guarda y custodia del menor, estableciendo una compensación posterior sobre el progenitor no custodio, convirtiendo, *de facto*, una «guarda y custodia compartida» en una «guarda y custodia en exclusiva sobre un progenitor» (Junta de Jueces de Familia de Barcelona, 2020). *Sensu lato*, alternando el prisma de referencia en los derechos de los progenitores y no en la garantía principal que es el menor, ¿el mantenimiento del menor con uno solo de los progenitores, en preservación de la salud de este, no sería contrario al derecho de igualdad y corresponsabilidad parental en los supuestos de guarda y custodia compartida? En el mismo sentido, ¿existe vulneración de estos derechos por mantener al menor, como si de una guarda y custodia en exclusiva se tratara, por el mero fundamento de «haber estado viviendo con ese progenitor» cuando se decretó el confinamiento? Se presenta con ello la segunda paradoja jurisprudencial, subordinada a la existencia de la primera, y relacionada con la atribución del régimen de guarda y custodia del menor, cuya determinación condiciona la posterior atribución de la vivienda familiar, en relación con la garantía del interés superior de este.

Finalmente, ante la previsión de un segundo confinamiento, el incremento de consultas, gestión de trámites de separación y divorcio y las paradojas jurisprudenciales expuestas como consecuencia de la falta de precedente y a su vez que, como respuesta ante las preguntas planteadas, una de las pocas soluciones permitidas por el ordenamiento que, en este nuevo contexto y para los supuestos de guarda y custodia compartida, garantice la totalidad del interés superior del menor es la «*vivienda nido*». La vivienda nido o modelo de anidación es entendida como la aplicación del contenido normativo del derecho de uso de la vivienda familiar, positivado en base al modelo de guarda y custodia en exclusiva, sobre el modelo de guarda y custodia compartida. Ello implica una supresión de la alternancia domiciliaria del menor, colectivo de riesgo ante la pandemia de la COVID-19, y recayendo esta en los progenitores, cuya alternancia coincidirá con los periodos de custodia alterna establecidos previamente. No obstante, la última sentencia del Tribunal Supremo sobre dicha materia, previo confinamiento, recogía que «*la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores*» (STS

15/2020 de 16 enero) esto último al entender antieconómico el mantenimiento de tres viviendas que conforman tanto la vivienda familiar como las viviendas de cada progenitor (8), y ponderando con esta premisa en favor de la alternancia domiciliaria del menor, a pesar de existir doctrina jurídica (Chaparro, 2018) que solventa dicha fundamentación (9). Consecuencia de esto último se presenta la tercera y última paradoja jurisprudencial: Si bien la vivienda nido era una solución permitida por el ordenamiento, aunque desaconsejada por los tribunales previo al confinamiento, ante este nuevo contexto se presenta como la única solución idónea de atribución de la vivienda familiar en el modelo de guarda y custodia compartida, pues garantiza los vínculos filiales del menor con los progenitores a su vez que la propia salud del menor, siendo los progenitores, quienes no están considerados como colectivo de riesgo según criterios científicos, quienes ejercitan dicha alternancia domiciliaria para el cuidado directo del este. Dependerá por tanto de la libre valoración del juez alcanzar una solución garantista a partir de en quién haga recaer la alternancia domiciliaria: Si recae sobre el menor, la solución se sostendrá sobre dos paradojas; si recae en los progenitores, a partir de una sola paradoja jurisprudencial.

III.- CONCLUSIÓN

«¿Es realmente la guarda y custodia compartida, en su atribución de mayor arraigo jurisprudencial mediante alternancia domiciliaria del menor, la respuesta jurídica más garantista en tiempos de confinamiento?» La respuesta es no. La guarda y custodia compartida con alternancia domiciliaria del menor se presenta, ante este nuevo contexto, como una solución contraria al principio fundamental de *«garantía del interés superior del menor»*. Ante la falta de precedentes en el ordenamiento, será el propio juez quien, investido de la función jurisdiccional del Estado, pondere entre una alternancia domiciliaria que pueda incluso vulnerar el principio de corresponsabilidad parental y contradecir hasta en dos ocasiones la propia jurisprudencia, o, por el contrario, establecer como solución *«normal e incluso deseable»* el establecimiento del modelo de anidación como respuesta ante los procesos de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los modelos de guarda y custodia compartida durante este y futuros confinamientos.

En ambos supuestos se presentan paradojas jurídicas que acusan la necesidad del ordenamiento de mutar y adaptarse a las nuevas demandas de la sociedad y su contexto, buscando ofrecer soluciones jurídicas no contrarias ante los nuevos supuestos que se

presenten. Y esto último sí es un axioma, puesto que «*donde hay sociedad, debe existir derecho*».

IV.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Chaparro Matamoros, P. (2018). *Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. Valencia: Tirant lo Blanch. 343.

Consejo General del Poder Judicial. (2020). *El CGPJ establece que corresponde al juez decidir en cada caso sobre la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias acordado en los procedimientos de Familia* (Comunicación Poder Judicial de 20 de marzo de 2020). Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-establece-que-corresponde-al-juez-decidir-en-cada-caso-sobre-la-modificacion-del-regimen-de-custodia--visitas-y-estancias-acordado-en-los-procedimientos-de-Familia>

EFE. (18 de mayo de 2020). Aumentan las consultas para divorcios y para reducir pensiones de alimentos. *Agencia EFE*. Recuperado de <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/aumentan-las-consultas-para-divorcios-y-reducir-pensiones-de-alimentos/10004-4248674>

Infobae. (21 de mayo de 2020). Niños y adultos mayores: los desafíos de trabajar con la población más vulnerable durante la pandemia. Infobae. Recuperado de <https://www.infobae.com/coronavirus/2020/05/21/ninos-y-adultos-mayores-los-desafios-de-trabajar-con-la-poblacion-mas-vulnerable-durante-la-pandemia/?o=rn&id=338189&SEO=ancianos-y-ninos-los-mas-vulnerables-al-coronavirus-en-china>

Instituto Nacional de Estadística. (2019). *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD)* (Nota de prensa de 30 de septiembre de 2019). Recuperado de https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf

Junta de Jueces de Familia de Barcelona. (2020). *Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Familia de Barcelona en relación al estado de alarma* (18 de marzo de 2020). Recuperado de http://www.icab.cat/files/242-501507-DOCUMENTO/Acuerdo-unificacion-criterios-Familia-Barcelona-COVID-19-18-marzo-2020_.pdf en su artículo cuarto.

V.- ANEXOS

ANEXO 1: LEGISLATIVO

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil. Última actualización de 4 de agosto de 2018. Boletín Oficial del Estado, 24 de julio de 1889.

España. 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. Boletín Oficial del Estado, 8 de julio de 2005.

España. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Boletín Oficial del Estado, 14 de marzo de 2020.

ANEXO 2: JURISPRUDENCIA

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 257/2013 de 29 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 15/2020 de 16 de enero.

VI.- NOTAS

(1) Esta previsión se materializa en ciudades chinas que ya habían alcanzado un desconfinamiento total, como es el caso de Shulan que se ha vuelto a confinar por un nuevo rebrote, el pasado 19 de mayo de 2020, así como recientemente Pekín, que ha vuelto a confinarse el pasado 16 de junio de 2020. Pronóstico que alcanza incluso el propio Ministerio de Sanidad en:

Mallorcadiario. (12 de mayo de 2020). Sanidad no descarta una segunda oleada de coronavirus y un nuevo confinamiento. *Mallorcadiario.com*. Recuperado de <https://www.mallorcadiario.com/sanidad-no-descarta-una-segunda-oleada-coronavirus-nuevo-confinamiento>, así como esta.

(2) Esto se encuentra en su fundamento de derecho cuarto el cual recoge que «[...]la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». Esta sentencia estableció doctrina jurisprudencial, sentando un precedente para sentencias futuras sobre atribución de la guarda y custodia del menor.

(3) Esta función de la jurisprudencia para complementar el ordenamiento jurídico se encuentra previsto en el art. 1 del Código civil. Toma especial consideración en los supuestos donde el ordenamiento jurídico no establece las soluciones demandadas por la sociedad, como es la regulación del derecho de uso de la vivienda familiar en los modelos de guarda y custodia compartida; o como en este supuesto, cuando una situación excepcional y sin precedentes se establece en el tiempo afectando a las instituciones.

(4) El fenómeno del «niño maleta» nace como consecuencia del propio modelo de guarda y custodia compartida, al implicar este, en la mayoría de supuestos, una alternancia domiciliaria del menor sobre los domicilios de cada progenitor que han rehusado mantener una convivencia conjunta. Se encuentra así recogido en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como puede ser la sentencia número 753/2015, de 30 diciembre (RJ 2015\6239), así como la sentencia número 623/2009, de 8 octubre (RJ 2009\4606), entre otras.

(5) Ese «*statu quo*» implica el mantenimiento del propio entorno en el que se desarrolla el menor. El propio ordenamiento jurídico lo considera como el primer elemento a garantizar, subordinando cualquier otro interés a este. Así lo recoge también la sentencia del Tribunal Supremo número 565/2009, de 31 julio (RJ 2009\4581) entendiéndolo como un «*statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica [...]*».

(6) Este principio de interés superior del menor se encuentra recogido en el fundamento de derecho octavo de la sentencia del Tribunal Supremo número 582/2014, de 27 octubre (RJ 2014\5183), el cual delega la concreción y garantía de este en el propio juez. En el mismo sentido existen sentencias del Alto Tribunal referidas al «*favor filii*», como son la sentencia número 221/2011, de 1 abril (RJ 2011\3139) así como también la sentencia del Tribunal Supremo de 17 septiembre 1996 (RJ 1996\6722). La naturaleza y características de este principio aparece incluso previsto en textos internacionales como son la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño (Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989), así como, en el art. 39.4 de la CE, como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. Tiene una relación intrínseca con el anterior concepto de «*statu quo*». Así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo 426/2013 de 17 junio (RJ 2013\4375), en su fundamento de derecho primero, al entender que «*el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus*

progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento».

(7) El ordenamiento reconoce entre estas medidas los propios «alimentos» del menor que deben ser garantizados, según lo dispuesto en el art. 93 Cc en relación con el art. 142 Cc, donde recoge estos como *«todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica [...] comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad [...]»*. Dentro de esa habitación, entenderse, de forma genérica, el derecho de «uso y habitación», y específicamente, el «derecho de uso de la vivienda familiar», el cual implica una vivienda concreta: La «vivienda familiar» donde residían los progenitores previa crisis de convivencia, y que se considera como «statu quo» del menor, según lo dispuesto anteriormente.

(8) En el mismo sentido se pronuncian los abogados de Derecho de Familia en el *«I Observatorio del Derecho de Familia»*, Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019. No obstante, son pronunciamientos anteriores al confinamiento, generando soluciones que se ha visto que son contrarias a la garantía del interés superior del menor en los supuestos de guarda y custodia compartida, tanto por el no mantenimiento de la corresponsabilidad parental, como siendo un potencial peligro para el propio menor la alternancia domiciliaria propuesta por estos.

(9) Esta doctrina establece una solución a la observación de «medida antieconómica» al apreciar supuestos donde esta alternancia se solventa con dos viviendas: La vivienda donde se alternarán los progenitores y la vivienda familiar, siendo cada una ocupada por un progenitor de forma alterna. De esta manera, tan solo la «posibilidad de generar nuevos problemas» se presenta como el único argumento de la jurisprudencia contra la atribución de la vivienda nido como derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, siendo ello una posibilidad más que una certeza.