

CUSTODIA COMPARTIDA Y MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO  
CIVIL VALENCIANO: CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL  
INTERÉS DEL MENOR

SHARED CUSTODY AND FAMILIAR MEDIATION IN THE VALENCIAN  
CIVIL LAW: CRITERIA FOR THE DETERMINATION OF THE MINOR'S  
BEST INTEREST

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 789-796.*

---

Fecha entrega: 21/09/2014  
Fecha aceptación: 29/09/2014

ESTHER ALGARRA PRATS  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Alicante  
e.algarra@ua.es

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Alicante  
j.barcelo@ua.es

**RESUMEN:** El trabajo analiza la mediación con menores y para menores cuando se trata de aplicar el régimen de custodia compartida, estando dicha decisión por el interés superior del menor.

**PALABRAS CLAVE:** mediación, custodia compartida, interés superior del menor.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the mediation with minors and for minors when it is to decide if the regime of shared custody has to be applied, decision that is based on the minor's best interest minor.

**KEY WORDS:** mediation, shared custody, minor's best interest.

1. La aprobación, en la Comunitat Valenciana, de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, más conocida como “Ley valenciana de custodia compartida”, ha supuesto un cambio radical en una de las decisiones más importantes que afectan a la crisis de pareja: la guarda y custodia de los hijos.

El nuevo modelo de custodia compartida y las consecuencias que de él derivan ponen de manifiesto la necesidad de analizar y, en su caso, adaptar los tradicionales criterios en la determinación del interés superior del menor. El interés del hijo menor de edad en el contexto de la mediación familiar, regulada en la Comunitat Valenciana por Ley 7/2001, de 26 de noviembre y por Decreto 41/2007, de 13 de abril, debe ser concretado por el mediador con los nuevos parámetros que desde 2011 sitúan, en el Derecho civil valenciano, a la custodia compartida como regla general y a la custodia individual como modalidad excepcional.

En este trabajo analizaremos los criterios concretos para ponderar el interés del menor cuando hay que decidir, en ausencia de pacto, sobre el régimen de convivencia compartida o individual.

Iniciamos nuestro estudio con las referencias al interés superior del menor contenidas, tanto en la Ley 7/2001 como en la Ley 5/2011. Posteriormente, y tras una aproximación a este concepto jurídico indeterminado, veremos las principales pautas de actuación para su aplicación en la mediación familiar que eventualmente pueda tener lugar para llegar a acuerdos sobre el régimen de convivencia.

2. Como es bien sabido, ha sido la legislación autonómica [sobre el particular, GARCÍA VILLALUENGA, L. /VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad* (2013), vol. 50, p. 73] la que, anticipándose a la regulación estatal (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), ha ido contemplando la técnica de la mediación como alternativa a la vía judicial en la solución de conflictos, planteando su operatividad concreta en el ámbito familiar. En el caso de la Comunitat Valenciana, se dictó la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, que consta de treinta y dos artículos, dos disposiciones adicionales y dos finales. Posteriormente, y en cumplimiento de la previsión de la disposición final primera, se procedió a su desarrollo reglamentario por Decreto 41/2007, de 13 de abril.

La Ley 7/2001 define la mediación familiar en el art. 1.1: “La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una

familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo”.

El art. 3 se ocupa, por su parte, del objeto de la mediación familiar. Interesa, en particular, destacar que el art. 3 c): “Facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés superior de los menores y personas con discapacidad pueda verse menoscabado”.

Otras referencias al interés superior del menor aparecen en el art. 9 b) que, dentro de los deberes del mediador, incluye el de “concienciar a las partes, en su caso, de la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores y de los incapacitados”, y en el art. 21.3 donde, al describir el contenido del acuerdo, se afirma que “en todo caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos”.

3. El Preámbulo de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, vincula estrechamente la razón de ser de la ley con el interés superior del menor: “La preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar, viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990”.

El interés del menor aparece también expresamente destacado en la referencia que contiene el Preámbulo a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana. En esta Ley 12/2008, que sirve de base y antecedente, el art. 22, regulador del «derecho del menor a las relaciones familiares», configura el sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la Ley 5/2011: “1. Principio de coparentalidad: ‘Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses’. 2. Derecho de cada menor a ‘crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos’. 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, ‘a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores’. 4. Derecho de cada menor ‘a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados’. 5. En

la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.

En lo que son las disposiciones concretas de la Ley 5/2011, llama poderosamente la atención que solamente exista una referencia al interés superior del menor, a pesar de haber sido calificado por el Preámbulo, como ya se ha visto, como principio fundamental que la ley hace compatible con el principio de igualdad entre progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos progenitores. Evidentemente, esto no significa que las normas no atiendan o estén inspiradas en el interés superior del menor, pero es significativa la falta de mención expresa.

Encontramos esta referencia al interés superior del menor en el art. 5.4, al tratar de la medida judicial que, en defecto de pacto, decide a favor de la modalidad excepcional, que es el régimen de convivencia individual: “La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”.

4. El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, consagra como uno de los principios generales que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...”. Se configura así como un auténtico eje del Derecho de familia el interés superior del menor [sobre el planteamiento que se realiza en el texto, *vid.* DE TORRES PEREA, M. A.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid (2009): Iustel, pp. 13-18].

El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado.

El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar procederá concretar cuál será el bien del niño en dicho supuesto concreto.

El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro concurrente y, en consecuencia, constituye el centro de gravedad de la mediación familiar que se esté llevando a cabo.

5. Cabe ahora hablar del ámbito concreto de esta mediación con menores y para menores.

El art. 13.1 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, regula la solicitud de mediación familiar, distinguiendo dos grupos de personas: 1) Las unidas con vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad; 2) Las adoptadas y su familia biológica.

En el primer grupo, la solicitud se realiza en los casos siguientes: a) en las crisis surgidas en la convivencia entre personas unidas mediante vínculo matrimonial; b) en el establecimiento de las medidas y efectos de las sentencias de nulidad del matrimonio; c) en la elaboración de los acuerdos necesarios que pudieran reflejarse en el convenio regulador de la separación o divorcio; d) en el cumplimiento y ejecución de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio; e) en la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme en separación, divorcio o nulidad, por razón del cambio de circunstancias, o decisión voluntaria de los interesados; f) en los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar; g) en cualquier otro conflicto surgido en la familia.

En el segundo grupo, la solicitud de mediación está prevista cuando quieran ponerse en relación el adoptado y su familia biológica, una vez aceptada la invitación de encuentro por las partes.

El repaso a este art. 13.1 pone de manifiesto que el menor va a ser, en muchos casos, el principal receptor del consenso entre mayores que son los sujetos de la mediación familiar. Dato ciertamente curioso si tenemos en cuenta que no es citado en ningún momento por la norma, y que precisamente puede ser la mediación familiar el mejor medio para preservar el interés del menor en la situación de conflicto entre los progenitores.

Otro dato no menos curioso es que la Ley 5/2011 no contempla la mediación [sobre el particular, BARONA SELLÉS, M. A.: “Previsiones sobre la aplicación práctica de la Ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, p. 239]. Es claro, no obstante, que esto no excluye el sometimiento de las partes a mediación familiar. Es más, en el fomento de la coparentalidad que, como vemos, inspira la Ley 5/2011, la mediación juega un papel fundamental, porque es un instrumento de pacificación y autocomposición del conflicto familiar. La mediación propicia el diálogo entre las partes, rebaja el nivel de enfrentamiento y facilita los acuerdos, presupuestos imprescindibles para una coparentalidad responsable y sobre todo viable [sobre estas consideraciones, *vid.* UTRERA GUTIÉRREZ, J.L.: “1981-2011: treinta años divorciándonos”, *La Ley* (2012-1), p. 1268].

La mediación es, sin duda, un elemento útil para llegar a acuerdos y organizar el régimen de convivencia. La fase en que se encuentre el conflicto familiar, y con respecto al proceso judicial planteado sobre la misma cuestión, puede hacer que la mediación sea anterior, coetánea o posterior al juicio. La fijación del concreto interés del menor tendrá una directa consecuencia en el establecimiento del régimen de convivencia compartida o individual. El mediador debe disponer de criterios claros que permitan individualizar dicho interés.

Desde la entrada en vigor de la Ley 5/2011 han transcurrido varios años, siendo ya visibles algunos criterios adoptados por la jurisprudencia y que pueden servir de guía de actuación al agente mediador.

El ámbito más propicio para la aplicación del criterio del interés del menor es, sin duda, el de la medida judicial sobre el régimen de convivencia. Suele, con relativa frecuencia, adoptarse la medida y situarla como la más adecuada al interés del menor. Un ejemplo reciente y bastante ilustrativo lo encontramos en la SAP Alicante 29 abril 2014 (JUR 2014, 199004), al señalar que “La máxima protección del superior interés de los menores en este caso concreto se obtiene con el régimen de custodia compartida. Rigiendo aquí el principio del favor filii, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española así como en la Ley Orgánica de Protección Jurídica de los Menores de 15 de enero de 1996 y sancionado por diversos Tratados y Resoluciones de Organizaciones Internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, al tiempo que inspira numerosos preceptos del Código Civil (art. 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170)”. Esta forma de proceder no debe, sin embargo, ser obstáculo para una motivación suficiente de la decisión que se toma siguiendo los factores del art. 5.3 de la Ley 5/2011: edad y opinión de los hijos, dedicación y capacidad de cada progenitor, informes, especial arraigo social, escolar o familiar, posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral de cada progenitor, posibilidades de trato directo de cada progenitor con los hijos, y cualquier otra circunstancia.

Interesa detenerse, dentro de la decisión sobre el régimen concreto de convivencia, en un aspecto particular, como es el de los informes periciales, donde se aprecia, en algunas sentencias, una vinculación muy estrecha con el criterio del interés del menor.

La SAP Valencia 28 octubre 2013 (JUR 2014, 10432) confirma la custodia individual decidida por el Juzgado. La Audiencia realiza un extenso repaso a la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor y realiza una aproximación conceptual en los siguientes términos: “... este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel 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 ‘welfareprinciple’ anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en 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, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor”. Posteriormente, presta atención a que en el ámbito del proceso familiar “habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aun lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor”. En el caso concreto juzgado, no ve la Sala ninguna razón para discrepar de la medida del Juez de instancia favorable al régimen de convivencia individual, “no solo por el contundente informe del gabinete obrante en autos sino, asimismo, por cuanto, de lo actuado, se desprende que la madre, la figura de referencia, tiene un superior vínculo afectivo con sus hijos, se ha implicado en un porcentaje muy superior en las cuestiones diarias de la menor, y es una madre favorecedora de la relación paterno-filial...”.

La SAP Alicante 30 octubre 2013 (JUR 2014, 7998) establece, a diferencia de la del Juzgado, el régimen de convivencia compartida. A tal efecto, revisa de manera pormenorizada la prueba practicada sobre este extremo, considerando que “dado que se trata de determinar qué es lo que más beneficia al superior interés del menor, el medio de prueba que se presenta como más adecuado a tal finalidad es la pericia psicológica... sobre el núcleo familiar afectado por la medida”. Tras el estudio del informe, concluye que no se observa obstáculo alguno para establecer la custodia compartida. Uno de los aspectos en los que incide para este cambio de medida (el Juzgado inicialmente decretó la custodia individual de la madre) fue el estilo educativo asertivo del padre, que se juzga más beneficioso para el interés del menor. Al margen de los criterios jurisprudenciales, no debe perder de vista el agente mediador que los pactos entre los progenitores no serán homologables si resultan lesivos al interés del menor, pudiendo ser limitados o suspendidos de oficio. La mediación no puede sustraerse, como es lógico, a la imperatividad del principio del interés superior del menor. El mediador carece de poder de decisión, pero ello no implica que su actuación no sea relevante y que vele porque el interés del menor no se vea perjudicado por los acuerdos que las partes adopten.