

Relaciones paternofiliales para la patria potestad e interés del menor

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

Enunciado

La madre de una menor de 4 años presenta demanda de solicitud de medidas de relaciones paternofiliales interesando que se acuerde el uso exclusivo de la patria potestad si no se procediera a la privación de la misma, así como un régimen de visitas restrictivo y una pensión de 200 euros para atender a sus necesidades alimenticias y gastos extraordinarios al 50 %.

Los progenitores de la menor, tras una relación de convivencia, se separaron hace dos años, saliendo el padre de la vivienda de alquiler que compartían, y desde ese momento no se ha puesto en contacto con la madre para interesarse por su hija, ni ha comunicado su domicilio ni ha contribuido a las necesidades de la menor, desconociendo su paradero. Desde hace unos meses ha tenido conocimiento de que se encuentra en su país de origen, Perú, si bien no ha podido contactar con él, ni en los teléfonos que le han facilitado, ni a través de correo electrónico. Esta situación la ha generado problemas a la hora de realizar gestiones en relación con su hija, ya que le interesaban la firma o autorización del otro progenitor para actos administrativos, escolares o sanitarios relacionados con su hija, así como para atender a todas las necesidades de la menor interesando la pensión que solicita.

Cuestiones planteadas:

1. Relaciones paternofiliales y rebeldía del progenitor paterno.
2. Medidas necesarias para atender al interés del menor.
3. Rebeldía y pensión de alimentos; el fondo de garantía de pago de alimentos.
4. Solución.

Solución

1. En los procesos de familia tiene una relevancia cada vez mayor la existencia de demandas de relaciones paterno-filiales o modificaciones de medidas ya decididas por sentencia firme, en donde se destaca que uno de los progenitores se encuentra en paradero desconocido, ignorándose el país en el que se encuentra, si ha regresado al su país de origen, si trabaja o no, si realiza alguna actividad retribuida o si vive o ha fallecido; o conocido su paradero, ya en España, ya en su país de origen, no atiende a las solicitudes realizadas respecto de las necesidades del menor, no interesándose por su situación, no manteniendo ningún tipo de relación con su hijo ni teniendo contacto con la madre.

El caso que se propone tiene por finalidad poner de manifiesto que el menor o menores tienen un interés que está por encima del de su padre o madre, en ignorado paradero, y que ha de protegerse en todo caso frente a la inacción, desatención o absoluto desapego, debiendo acordarse medidas adecuadas para proteger el interés del menor frente al de sus progenitores.

Además, ha de mencionarse que en muchos casos el desarrollo del procedimiento es lento, debido a los numerosos trámites necesarios hasta la declaración de rebeldía, lo que impide la adopción de las medidas orientadas a satisfacer el interés del menor de forma más rápida.

2. El interés del menor exige que las medidas que se acuerden vayan dirigidas a atender ese interés, que está configurado como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las relaciones parentales y tuitivas que recaen sobre los menores. Su campo propio de actuación opera de forma primordial en los procesos matrimoniales, pero no solo en ellos. Es un concepto jurídico dinámico, que no permanece petrificado, sino que evoluciona continuamente condicionado por los valores imperantes en la sociedad. Constituye un concepto general y abstracto a concretar en cada supuesto sometido a consideración judicial, según los específicos factores concurrentes.

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional lo han concebido como:

- a) Un principio preferente en la solución de las controversias judicializadas sobre las medidas relativas a los menores. El interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7.º [NormaCEF NCJ064183]; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3.º (NormaCEF NCJ065273), y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ064064]).

- b) El interés del menor no puede ser predeterminado y constituye uno de esos conceptos legales que no son susceptibles de ser predeterminados y de encerrarse en una fórmula normativa, que abarque todo el haz de manifestaciones que comprende. Es poliédrico, y como tal de necesaria ponderación en atención a las particularidades de cada caso. En este sentido, la jurisprudencia le atribuye el calificativo de concepto jurídico indeterminado, constitutivo de una cláusula general que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial (STS 835/2013, de 6 de febrero [NormaCEF NCJ058246]). Las SSTS 76/2015, de 17 de febrero (NormaCEF NCJ059434); 416/2015, de 20 de julio (NormaCEF NCJ060215); 170/2016, de 17 de marzo (NormaCEF NCJ061153); 93/2018, de 20 de febrero (NormaCEF NCJ063237), y 705/2021, de 19 de octubre, en un esfuerzo delimitador de su significación jurídica, señalan que «se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

Más recientemente, las SSTS 705/2021, de 19 de octubre, y 729/2021, de 27 de octubre (NormaCEF NCJ065805), se expresan en el mismo sentido, al señalar que:

Dado el carácter de principio general, de «cláusula general» y «principio jurídico indeterminado», en cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias.

El art. 2 LOPJM establece que 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto...” y que posteriormente desarrolla el precepto recogiendo algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. Se trata

de criterios que habían venido siendo tenidos en cuenta en las decisiones de los tribunales.

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º [NormaCEF NCJ065273], y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º [NormaCEF NCJ065538]).

c) Forma parte del orden público.

En una antigua sentencia de 5 de abril de 1966 se definía el orden público como «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, sociales e incluso morales, que constituyen el fundamento de un ordenamiento jurídico en un momento concreto», y que hoy encuentran su manifestación más evidente en el propio texto constitucional. Dentro del mismo, se encuentra el «orden público familiar», basado en los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges (arts. 14 y 32 CE) y protección integral de los hijos (art. 39 CE), que determinan una esfera jurídica de indisponibilidad.

La jurisprudencia ha considerado que el interés y beneficio del menor conforma un principio de tal naturaleza, dado que, en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, se configura como una regla imperativa que inspira todas las decisiones referentes a un menor de edad. En este sentido, las SSTS 258/2011, de 25 de abril (NormaCEF NCJ055167), 823/2012, de 31 de enero de 2013 (NormaCEF NCJ057659), y 569/2016, de 28 de septiembre (NormaCEF NCJ061798), afirman que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público» y, por su parte, la STC 141/2000, de 29 mayo (NormaCEF NCJ051961) y la STS 614/2009, de 28 de septiembre (NormaCEF NCJ050856), lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional». La STS 251/2018, de 25 de abril (NormaCEF NCJ063384), insiste en tal concepción, al señalar que:

El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental [...]. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

d) Limita la autonomía de los progenitores respecto a las medidas referentes a los hijos menores de edad (art. 90 CC).

En este sentido, ha proclamado el Tribunal Constitucional, en las SSTC 185/2012, FJ 8.º (NormaCEF NCJ057489) y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2.º (NormaCEF NCJ063396) que

el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, solo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

- e) Es de aplicación preferente, en casos de imposibilidad de su armonización con otros intereses, como son los de los progenitores u otros familiares o allegados.

En este sentido, el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996 norma que:

en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

De esta suerte, el criterio que ha de presidir la decisión que, en cada caso, corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas que concurren, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º [NormaCEF NCJ051961]; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ042983]; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ041813]; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8.º [NormaCEF NCJ040472]; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.º [NormaCEF NSJ025694]; 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.º [NormaCEF NCJ060894]). De igual forma, la STS 438/2021, de 22 de junio.

Ahora bien, en el supuesto de imposibilidad de conciliación de intereses contrapuestos, se deberá atender al primordial del menor, lo que significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

- f) Exige una motivación reforzada.

En este sentido, es reiterada jurisprudencia la que viene estableciendo que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, como es el principio del interés superior del menor, que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la CE, y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º [NormaCEF NCJ051961]; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5.º [NormaCEF NCJ050949]; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6.º

[NormaCEF NCJ058044], 138/2014, de 8 de septiembre [NormaCEF NCJ058722]; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ064064]; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º [NormaCEF NCJ065273]; así como 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2.º [NormaCEF NCJ065601] y STS 984/2023, de 20 de junio [NormaCEF NCJ066681], entre otras muchas).

g) Opera para flexibilizar del rigor formal procesal.

Permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre; 77/2018, de 5 de julio [NormaCEF NCJ063396]; 178/2020, de 14 de diciembre [NormaCEF NCJ065273]), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental (SSTC 65/2016, de 11 de abril [NormaCEF NCJ061173]), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ051746] y 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3.º [NormaCEF NCJ065273]).

En el sentido expuesto, esta última STC 178/2020, de 14 de diciembre, se manifiesta categórica, hablando incluso de un canon reforzado de tutela judicial efectiva, que determina que la aplicación de las normas procesales deba someterse a un criterio de flexibilidad, con atribución de holgadas facultades al juez, con amplios márgenes para las alegaciones de las partes, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, con la finalidad de conseguir que el interés del menor pueda ser garantizado.

De esta manera, como no podía ser de otra forma, se ha expresado la sentencia de esta Sala 1.ª 281/2023, de 21 de febrero (NormaCEF NCJ066529), y las citadas en ella, en la que se puede leer:

Estos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 CE), se sustentan con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción.

h) Se puede apoyar en el auxilio de ciencias extrajurídicas.

La determinación del interés superior del menor no es una simple labor de interpretación jurídica, sino de apreciación circunstancial, en donde el auxilio de otras disciplinas tiene campo abonado de ponderación, y, entre ellas, la psicología ocupa un papel destacado y los informes que realizan los equipos psicosociales contribuyen con sus informes a determinar dicho interés.

La STS, sala civil, 545/2022, de 7 de julio (NormaCEF NCJ066252), expone que, «como ciencia de la conducta que permite hacer predicciones razonables del comportamiento futuro de las personas». En cualquier caso, los informes psicosociales elaborados deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales, conforme a las reglas de la sana crítica (STS 660/2011, de 5 octubre; 795/2011, de 18 de noviembre; 465/2015, de 9 de septiembre; 135/2017, de 28 de febrero [NormaCEF NCJ062267]; 318/2020, de 17 de junio), así como someterlos a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito, pues en otro caso sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional (STS 705/2021, de 19 de octubre). Es necesario, pues, deslindar adecuadamente el rol procesal que corresponde al perito en el proceso, sin que quepa, como es evidente, consagrar una suerte de usurpación de la función jurisdiccional por aquel y, de esta manera, nos pronunciamos en la sentencia 1377/2007, de 5 de enero, cuya doctrina se reproduce en las sentencias 706/2021, de 19 de octubre, y 544/2022, de 7 de julio, en las que sostuvimos que no puede atribuirse un valor inconcuso a los dictámenes periciales, puesto que: a) «la función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial» (STS, entre otras muchas, de 30 de marzo de 1984 y 6 de febrero de 1987); b) que tal función del juzgador «está sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y a la obligación de motivar las sentencias».

Partiendo de las anteriores consideraciones en relación con el interés superior del menor, debe abordarse cuáles serían las medidas que se aplicarían en el presente caso, partiendo de las interesadas y en referencia al principio de protección del interés del menor.

La demandante solicita o bien la privación de la patria potestad del padre o bien la atribución en exclusiva ante la dificultad que le ocasiona la realización de trámites o actos necesarios relacionados con cuestiones escolares, sanitarias o de tramitación de documentos administrativos, entre otros, de la hija menor.

La patria potestad, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, viene concebida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del CC; su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva; lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada. La patria potestad viene configurada, legal y jurisprudencialmente, como una función tutelar cuya primordial finalidad es el beneficio de los hijos, de tal forma que dicha institución abarca un conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y bienes del descendiente, en tanto es menor y no emancipado, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre los progenitores.

La privación de la patria potestad reviste un carácter excepcional, habiendo de basarse en circunstancias extremas, en las que la continuidad de las relaciones paternofiliales vengan a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, de la niña, en este caso.

En este caso, la mera ausencia del padre sin más datos no permite concluir que la privación de la patria potestad es beneficiosa para la hija, que puede salvaguardarse con el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

Asimismo, debe mencionarse lo mismo respecto a la supresión del régimen de visitas: es evidente que, desconociendo la situación del padre, que se encuentra, al parecer, en Perú, no es posible fijar un régimen de visitas entre la menor y el padre, ni tampoco un régimen de comunicaciones entre ambos, al ignorar realmente su paradero ni tener forma de contacto con él.

3. En relación con la fijación de la pensión de alimentos debe partirse de la situación de hecho creada por el padre ausente, que no satisface las necesidades de su hija, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto de la protección de los menores de edad en este tipo de procedimientos en estos supuestos, y no constando que el demandado carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos, incumpliendo sus obligaciones con respecto a su hija menor, y es la madre la que, de forma exclusiva, atiende a las necesidades de los hijos menores de los litigantes, teniendo en consideración la presunta edad del padre y la diferencia de salario existente entre España y Perú, y no constando su cualificación profesional.

Tampoco las necesidades de la menor de 4 años serán elevadas (colegio público y necesidades de la vida diaria), por ello una pensión de alimentos para el sustento y atención de la menor sería como la interesada o algo inferior a la interesada, a la vista de la constancia de ingresos del demandado y la percepción que recibiría en su país, por lo que una pensión de 100 euros sería más adecuada.

Una posibilidad sería no imponer una cuantía para el padre, para evitar que la madre solicite ejecuciones de sentencia, de previsibles nulas consecuencias, ante el desconocimiento de actividades económicas y la ignorancia de sus ingresos y de la actividad económica por las que los percibe.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente en la sentencia 2/2024, de 15 de enero (Norma CEF NCJ067071), sobre esta cuestión, desde el punto de vista del interés superior de los menores y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, señalando al respecto:

Si bien el dato de la capacidad económica se desconoce y no es posible aplicar con plenitud el citado principio de proporcionalidad, no es menos cierto que el art. 93 CC

ordena que «el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». Por lo tanto, el desconocimiento de aquella capacidad económica del demandado, debida a su propia conducta elusiva de sus deberes paternofiliales, no puede erigirse en obstáculo para que la sentencia del juzgado, o en su revisión la de la audiencia provincial, hubiera fijado en este caso una cantidad líquida suficiente para la satisfacción de las necesidades del menor hijo de la recurrente ex art. 142 CC. Cantidad líquida cuya denominación, modo de cuantificación e importe no nos corresponde determinar, pues esto deviene en una función estrictamente jurisdiccional. Al haber optado sin justificación objetiva por el sistema de un porcentaje sobre los desconocidos ingresos del demandado, y con arreglo a las razones ya expuestas, cabe concluir que las resoluciones de instancia aquí impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de la recurrente y de su entonces hijo menor de edad.

Además, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta prestación alimenticia se devengará desde la fecha de la demanda (art. 148 CC), al ser la primera vez que se fijan alimentos (SSTS 696/2017, de 20 de diciembre [NormaCEF NCJ062955]; 113/2019, de 20 de febrero; 644/2020, de 30 de noviembre [NormaCEF NCJ065251], y 412/2022, de 23 de mayo), todo ello, sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de circunstancias (art. 91 CC).

Por otro lado, debe mencionarse que en este ámbito y para estos supuestos, el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, cuya regulación trata de asegurar la pensión de alimentos respecto de los hijos menores cuando los padres estén en paradero desconocido. La regulación aborda la protección integral de las familias y de los hijos, tratando de resolver el problema social derivado de los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad en los supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio, o en procesos de filiación o de alimentos. Estos incumplimientos de obligaciones establecidas judicialmente se producen, muy frecuentemente, de forma deliberada por la negativa del obligado al pago de alimentos a satisfacerlos y, en otros casos, por la imposibilidad real del deudor de hacerlos efectivos. En ambos supuestos, el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los hijos menores, y el fondo de garantía mencionado se establece para garantizar a los hijos e hijas menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a sus necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos.

Es necesario que los alimentos sean reconocidos judicialmente para los menores titulares del derecho a alimentos o a mayores de edad discapacitados en quienes concurren idénticas circunstancias. El Estado debe garantizar el interés del menor sufragando las cantidades necesarias para que puedan ser atendidas sus necesidades y, por otro lado, se subroga en los derechos que asisten al menor frente al obligado al pago.

Este derecho afecta a los menores españoles menores de edad, así como de cualesquiera Estados miembros de la Unión Europea residentes en España. También se extiende a los menores extranjeros que no pertenezcan a un Estado de la Unión Europea, exigiendo en este caso:

- Residir legalmente en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo. Para los menores de cinco años estos periodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia. No obstante, si el titular de la guarda y custodia fuera español, bastará con que el menor resida legalmente en España al tiempo de solicitar el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún periodo previo de residencia.
- Ser nacionales de otro Estado que, de acuerdo con lo que se disponga en los tratados, acuerdos o convenios internacionales o en virtud de reciprocidad tácita o expresa, reconozca anticipos análogos a los españoles en su territorio.
- Formar parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 del real decreto.

Por otro lado, se regulan las incompatibilidades, disponiendo que la percepción del anticipo regulado en este real decreto será incompatible con la de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las distintas Administraciones públicas, debiendo optar el miembro de la unidad familiar que tenga la guarda y custodia del menor beneficiario por una de ellas.

Por tanto, deberá fijarse una cuantía de pensión de alimentos para la hija menor de acuerdo con el interés del menor, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, con la finalidad de garantizar en el superior interés del menor sus necesidades alimenticias.

4. En conclusión, teniendo en consideración que lo que debe ser preferente es siempre el interés del menor, deben adoptarse todas aquellas medidas que lo protejan, tanto referidas a medidas personales, como de guarda y custodia, patria potestad en exclusiva para la madre, no establecer régimen de visitas, así como establecer la cantidad económica suficiente para atender a las necesidades de la menor, en consideración al principio preferente del interés del menor en las controversias judiciales sobre medidas judiciales referidas a menores.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 10.1, 24.1, 32 y 39.
- Código Civil, arts. 90, 91, 93, 142, 148 y 154.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), art. 2.

- Real Decreto 1618/2007 (organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos), arts. 1 a 11.
- SSTS, Sala Civil, de 13 de mayo de 2000; 5 de diciembre de 2006; 189/2011, de 30 marzo; 258/2011, de 25 de abril; 20 de mayo de 2011; 712/2012, de 18 de diciembre; 812/2012, de 9 de enero de 2013; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 422/2015, de 20 de julio; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril; 577/2019, de 5 de noviembre de 2022; 178/2020, de 14 de diciembre.
- SSTC 187/1996, de 25 de noviembre; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2.º; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8.º; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.º; 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.º; 77/2018, de 5 de julio; 705/2021, de 19 de octubre; 729/2021, de 27 de octubre; 2/2024, de 15 de enero.