



Universidad de Valladolid

**F. de Ciencias Sociales, Jurídicas
y de la Comunicación
Campus de Segovia**

GRADO EN DERECHO.

LA NUEVA REALIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA: LA CUSTODIA COMPARTIDA.

PRESENTADO POR:

SILVIA GÓMEZ RUBIO.

TUTELADO POR:

MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA.

JULIO 2018.

ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
PALABRAS CLAVE	4
ABSTRACT	4
KEY WORDS	5
INTRODUCCIÓN.....	6

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN SOBRE EL TEMA.

1. DIFERENCIAS ENTRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA PATRIA POTESTAD	8
2. CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA.....	12
2.1. Diversidad de denominación	12
2.2. ¿Qué es realmente la custodia compartida?	12
3. EL ORIGEN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	16
3.1. Situación anterior y evolución.....	16
3.2. Un acercamiento a la situación actual.....	19
3.3. La posición de las comunidades autónomas en la custodia compartida.	22
4. MODALIDADES O TIPOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.....	25
4.1. Según el domicilio donde residan los menores.	26
4.1.1. <i>Custodia compartida sin cambio de domicilio para los hijos.</i>	26
4.1.2. <i>Custodia compartida con cambio de domicilio de los hijos.</i>	27
4.2. Según el tiempo de alternancia en la custodia	27
4.3. Las visitas dentro de la custodia compartida.	31

CAPITULO II: ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

5. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL MOMENTO ACTUAL.....	33
5.1. El interés superior del menor. (ISM)	34
5.2. Derecho del niño a relacionarse con sus progenitores	40
5.3. Requisitos materiales	42

La nueva realidad del derecho de familia: la custodia compartida.

5.3.1.	<i>No separar a los hermanos</i>	42
5.3.2.	<i>Oír a los menores</i>	43
5.3.3.	<i>Dictamen de especialistas</i>	45
5.3.4.	<i>Relación de los padres entre sí y de estos con los menores</i>	45
5.3.5.	<i>Informe del ministerio fiscal</i>	48
5.4.	Requisitos procesales	50
5.4.1.	<i>Solicitud o acuerdo de ambos progenitores</i>	51
5.4.2.	<i>Solicitud por uno sólo de los progenitores</i>	52
5.4.3.	<i>Situación en que ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida</i>	52
5.5.	Otras circunstancias tenidas en cuenta por la jurisprudencia	57
5.5.1.	<i>En relación a la idoneidad de los progenitores</i>	57
5.5.2.	<i>Proximidad entre los domicilios</i>	61
5.5.3.	<i>La edad del menor</i>	62
5.6.	Circunstancias que excluyen la custodia compartida	65

CAPÍTULO III: SOBRE LA EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVA PERSONAL.

6.	PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN CUANDO SE CONCEDE LA CUSTODIA COMPARTIDA	74
6.1.	Uso de la vivienda	74
6.2.	Pensión de alimentos	77
6.3.	¿Es el derecho de familia una materia dada a la interpretación?	80
7.	LAS LINEAS DE FUTURO	82
8.	CONCLUSIONES	84
	BIBLIOGRAFÍA	86

ABREVIATURAS.

ALECP Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, Separación y Divorcio.

AP Audiencia Provincial.

Art. Artículo.

CC Código Civil.

CCAA Comunidades Autónomas.

CE Constitución Española.

CGPJ Consejo General del Poder Judicial.

EM Exposición de Motivos.

FFDD Fundamentos de Derecho.

ISM Interés Superior del Menor.

LAIRF Ley de Aragón de Igualdad de Relaciones Familiares.

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOMPIVG Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

MF Ministerio Fiscal.

NNUU Naciones Unidas.

SAP Sentencia Audiencia Provincia.

SJPI Sentencia Juzgado Primera Instancia.

SJVM sentencia Juzgado de Violencia de la Mujer.

ss. Siguietes.

STS Sentencia Tribunal Supremo.

TS Tribunal Supremo.

TSJ Tribunal Superior de Justicia.

RESUMEN.

A lo largo de este trabajo se estudia el sistema de custodia compartida reconocido legalmente por primera vez con la 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. Si bien, aunque esta modalidad se venía desarrollando en la práctica por nuestros Tribunales muchos años atrás, no fue hasta entonces cuando se contempló la posibilidad legalmente.

En este trabajo se analizan tanto los distintos modelos de custodia compartida posibles, como los requisitos materiales y procesales que harán que el juzgador se decante por la imposición de esta o de otro tipo de custodia. A su vez también se analizan los hechos que derivan en que este tipo de custodia sea descartado.

Por último, se hace una pequeña visión de futuro, las líneas que parecen van a machar la evolución de este modelo.

PALABRAS CLAVE

Custodia compartida, interés superior del menor, familia, progenitores, bienestar, jurisprudencia, hijos, derecho, valoración de las circunstancias, patria potestad, modelo elegido, corresponsabilidad.

ABSTRACT

The system of shared custody is studied in this project. It was legally recognized for the first time with the Law 15/2005, from the 8th of July, which modifies the Civil Code and the Law of Civil Procedure in terms of separation and divorce. Even though this modality has been developing in the practice by our Courts for many years, it was not until then that the possibility was legally taken into account.

In this work are analyzed the different models of shared custody and the requires, materials and procedurals, that would make the judger choose the infliction of this one or other kind of custody. Also, the effects that come along when this kind of custody is rejected are analyzed.

Finally, a little look to the future is made, specifically, the lines that will mark the evolution of this model.

KEY WORDS.

Shared custody, higher interest of the minor, family, parents, well-being, jurisprudence, children, right, assessment of the circumstances, parental authority, chosen model, co-responsability.

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO.

La idea de familia tal y como la conocemos hoy en día es cuanto menos novedosa ya que si nos remontamos pocos años atrás, era impensable que una familia monoparental fuese socialmente bien vista, y ni que decir tiene de aquellas formadas por dos personas del mismo sexo. Pero esto, hoy en día ha cambiado y, afortunadamente lo ha hecho en pro de las libertades de las personas, libres para decidir cómo, y con quien, quieren vivir su vida. Así, la posibilidad de que el matrimonio entre dos personas esté previsto legalmente o que desaparezcan las causas para poner fin a un matrimonio han hecho que el derecho de familia haya dado un giro radical.

Si pensamos en “familia”, sigue viniendo a la cabeza aquella formada por un matrimonio con hijos, donde el padre trabaja y la mujer se ocupa generalmente del cuidado de los hijos y las tareas del hogar, pero la inclusión de la mujer en el ámbito laboral, el fenómeno de las parejas de hecho y una mayor igualdad entre los dos sexos hacen que ahora se planteen nuevos problemas.

El creciente número de parejas que dejan de estar juntas, en buena parte favorecido por el cambio que la legislación ha tenido al respecto hacen que hoy en día debamos ocuparnos de buscar una solución que deje a los hijos de esas parejas en la mejor situación para ellos.

Esto antes carecía de importancia, de seguro sería la mujer quien se ocupase de ellos como siempre había ocurrido, pero ¿qué ocurre ahora con esa mujer que debe conciliar el trabajo con la familia? ¿Por qué debemos dejar al padre relegado a un simple visitante de sus hijos de fines de semana cuando se separa de su pareja, que pasa, que lo hace también de sus hijos? Y, sobre todo, y en lo que he tratado de centrar el trabajo, ¿qué ocurre con los hijos? Estos tienen derecho a mantener una relación con ambos progenitores, que ambos se impliquen en su desarrollo, en su futuro, en la creación de unos valores comunes.

Por ello, el novedoso modelo de la custodia compartida, por así decirlo, ya que ha estado presente en la práctica sin encontrar un reconocimiento legal hasta 2005, y el que aún cuenta con numerosas deficiencias, ha sido considerado por el Alto Tribunal como sistema deseable ante una crisis de pareja.

Si bien, no es la solución universal a todos los casos, habrá de llegar a la conclusión de imponer este modelo cuando así lo requiera el interés superior del menor, interés imperante en todo proceso donde estén incurso los menores. Y es que en muchos procesos de divorcio, se lucha en los tribunales por la custodia, por la vivienda, una pensión de alimentos,

olvidando lo realmente importante tras la ruptura, buscar lo mejor para los hijos, lograr acuerdos que consigan que el menor pueda desarrollarse en un entorno lo más sano posible. Porque, al fin y al cabo, el dinero es el dinero, pero los menores son aquellas personas que en un futuro tomarán nuestro relevo y a quien más hemos de cuidar y proteger. Por que como ya dijo, *Karl Augustus Menninger*: “Lo que se les dé a los niños, los niños darán a la sociedad.”.

Por ello, en este trabajo, se analiza la custodia compartida, nombre que se ha elegido para denominarlo, ya que puede denominarse de otras muchas maneras, pero que viene a suponer un modelo de custodia en que ambos progenitores queden igualmente involucrados en el ejercicio de la custodia de los menores.

Esta, se rodea de una serie de garantías previstas legalmente que tratan de analizar las circunstancias de cada familia para determinar si esta es la mejor solución para el menor. Por ello, se ha hecho durante el trabajo un análisis de las exigencias de la norma, tanto los requisitos materiales como los procesales. Además, se han tenido en cuenta los pronunciamientos de los tribunales sobre qué otros factores son tenidos en cuenta a la hora de valorar la idoneidad de la imposición de la custodia compartida.

Se han valorado también los grandes problemas que lleva aparejado el establecimiento de la custodia compartida, y las posibles soluciones al respecto que tanto bajo mi opinión como vista la propuesta a futuro del Anteproyecto, van a marcar la evolución de este modelo.

Y, por último, se ha valorado también la influencia de la violencia en el ámbito familiar, y como ello afecta a este modelo de custodia, junto con las líneas que parece van a seguirse en este sentido, para seguir luchando para el fin de estas situaciones.

Así, mediante un acercamiento al tema delimitando qué se entiende por custodia compartida, y como ha surgido la misma, se tratan de manera transversal situaciones de la sociedad actual valoradas desde el punto de vista de la custodia compartida.

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN SOBRE EL TEMA.

1. DIFERENCIAS ENTRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA PATRIA POTESTAD.

Parece apropiado para iniciar este trabajo, el cual va a analizar el fenómeno de la custodia compartida, aproximarnos en un principio, a conocer qué es la custodia. Para ello, es conveniente diferenciarlo del término de patria potestad, ya que ambos no quedan conceptualmente delimitados en las normas y puede dar lugar a confusión.

Si bien, no vamos a encontrar en el Código Civil una definición como tal del concepto de patria potestad, pero con arreglo al art. 39.3 de la Constitución Española conocemos las premisas de las que se debe partir, dando de este modo la norma suprema una aproximación a los deberes de asistencia que han de cumplir los padres con los hijos.¹ En primer lugar y como punto de partida, hemos de tener en cuenta que, a pesar de la crisis conyugal, las obligaciones de los padres con los hijos no desaparecen o se extinguen, tal y como lo establece el artículo 92 del Código Civil².

La patria potestad es considerada por la jurisprudencia como la función- deber- facultad que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe o no matrimonio entre ellos.

Esta función, comprende los siguientes deberes y facultades: en primer lugar, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Y en segundo, representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.³

¹ Art. 39 de la CE los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

² El fundamento legal de esto reside en los en los artículos 154, 39 y 14 de la Constitución Española y artículo 66 del Código Civil.

³ Como dicta el artículo 154 del CC.

Tal y como hemos avanzado, la titularidad de la patria potestad en ningún caso se verá afectada por la situación de cese de la convivencia de los progenitores como consecuencia de la ruptura matrimonial o de la unión de hecho⁴.

Así la patria potestad sobre los hijos se atribuye, por el hecho de la filiación al padre y a la madre y con independencia del estatus matrimonial o extramatrimonial de los padres se regula la cotitularidad y el coejercicio de la patria potestad de los padres sobre los hijos menores de edad⁵.

Para la fiscal, D^a Isabel Morán González, la patria potestad puede definirse como un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes, que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida⁶.

Tiene sentido diferenciar el concepto de patria potestad del de guarda y custodia tan solo en el momento en que estos dejan de ir de la mano, es decir, en aquellas situaciones en que va a dejar de ejercerse por ambos progenitores derivado de una situación de ruptura de la pareja. Por tanto, mientras que, en tanto la patria potestad, a pesar de la crisis de los progenitores, va a mantenerse como regla general esa cotitularidad y coejercicio conjunto de ambos, la guarda y custodia, se ejercerá tan solo por el progenitor bajo cuyo cuidado queden los menores, o conjuntamente en el caso de la custodia compartida como vamos a ver más adelante.

Por ello, en este trabajo se plantea, la situación en que no son ambos padres los que conviven con el hijo, de tal manera que no es posible que, como se hace, de manera natural, a partir de la convivencia, que los dos realicen materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad, sino que solo el progenitor que tenga encomendada tal convivencia o guarda podrá realizarlas⁷.

⁴ GUILARTE MARTÍN- CALERO C, “comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio. Ley 15/2005 de 8 de julio*, Lex Nova (Valladolid), 2005, p. 133.

⁵ GUILARTE MARTÍN- CALERO C, P. 128.

⁶ MORÁN GONZÁLEZ, I. “Custodia compartida y protección de menores”. Cuadernos de derecho judicial, núm 2, 2009, p.71.

⁷ PINTO ANDRADE C, *La custodia compartida*, Bosch (Barcelona), 2009, p.37.

La guarda y custodia, por su parte, tampoco está definida legalmente. Sí bien es cierto que es una figura ligada a la convivencia, pero va más allá de ésta⁸.

Un concepto de guarda o custodia es el dado por Cristina Guillarte como: aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial, bien de forma alterna en los periodos prefijados judicialmente y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: alimentación, cuidado, atención, educación en valores, formación, vigilancia y desde luego, responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo culpa o negligencia⁹.

Pero ha de quedar claro que patria potestad y guarda y custodia no son lo mismo, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, de forma dual y compartida¹⁰.

Años, atrás, el Tribunal Supremo la identificó en una sentencia como “la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.”¹¹

A pesar de existir más supuestos en los que la custodia no se viene desempeñando por ambos padres, por ejemplo, que uno de los cónyuges se encuentre incapacitado, vamos a centrarnos en el análisis de la custodia cuando se produce la ruptura de los progenitores. En este caso, el Código Civil contiene unas normas específicas donde aparecen las reglas relativas a la atribución de la guarda de los hijos menores habidos en común en el matrimonio que se adoptarán en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio. Estas reglas, como ocurre en el caso de la patria potestad, se aplican de igual manera, por analogía, a los hijos nacidos en el seno de una pareja de hecho, no casada.¹²

Por ello, cuando se ha producido la ruptura de la relación sentimental entre los progenitores, debe tomarse la decisión de cuál de ellos tendrá bajo su cuidado (guarda y custodia) a los hijos menores, manteniéndose la patria potestad, generalmente, en ejercicio compartido por

⁸ ÁGUEDA MIGUEL R.M, *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, Hispalex Editorial (España), 2018, p. 18

⁹ GUILARTE MARTÍN- CALERO C, cit. p. 136.

¹⁰ PINTO ANDRADE, C, cit. p. 35

¹¹STS 19 de octubre de 1983.

¹² PINTO ANDRADE, C, cit. p. 37.

ambos. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en 2014¹³ mantuvo que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en tener a los hijos en su compañía, se desdobra en dos nuevas: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro. Por tanto, los términos 'guarda y custodia' y 'régimen de visitas y estancias' no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

Más novedosa resulta la definición dada por Ricardo Miguel Águeda, cuando la define –la custodia- como un conjunto de funciones o actuaciones que el progenitor debe realizar-prestar en favor de su hijo, como malgama extensa de funciones al servicio del menor, y que conlleva encomendarle a uno de manera individual o a ambos de manera conjunta en los supuestos de guarda y custodia compartida, la convivencia con el menor y las tareas o funciones que dicha cohabitación comporta.¹⁴ Introduciendo así la palabra clave que nos interesa y que va a marcar el contenido de todo este trabajo: la custodia compartida.

Si bien hemos visto como las definiciones anteriores, e incluso los preceptos legales establecían que tras la crisis debería decidirse bajo el cuidado de qué progenitor iban a quedar los menores pero la gran novedad contemplada es la posibilidad de que sean los dos progenitores los que ejerzan conjuntamente la guarda y custodia de sus hijos menores.

¹³ SAP de Madrid sección 22ª de 11 de febrero de 2014

¹⁴ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 21.

2. CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA.

2.1. Diversidad de denominación.

A pesar de que el concepto “custodia compartida” es el más empleado tanto por la jurisprudencia como socialmente, muchas son las críticas o autores que no se muestran partidarios de que esta sea la mejor forma de dar nombre a esta modalidad de custodia.

De esta forma, incluso en la normativa encontramos diferentes modos de denominar al mismo fenómeno: custodia alterna, alternada, alternativa, sucesiva, guarda conjunta y la que es más empleada: guarda y custodia compartida.

Esta última ha sido objeto de numerosas críticas, precisamente por no responder a la dinámica en que consiste; la guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna; por ello, parece que lo adecuado sería hablar de guarda alterna en los casos en que se produzca una sucesión en la guarda y custodia de los hijos, aunque forzoso es reconocer que la expresión custodia compartida es a que se ha popularizado para describir esta práctica.¹⁵

2.2. ¿Qué es realmente la custodia compartida?

Dejando a un lado las denominaciones y polémica que giran en torno a ella, nos centramos en el análisis de lo que realmente significa el establecimiento de un régimen de custodia compartida, porque, como ocurría con el concepto de custodia, si queremos encontrar en el Código Civil un concepto de custodia compartida, no vamos a encontrarlo.

Según la Doctrina, la custodia compartida sería aquel modelo de guarda y custodia en la que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores. En otro sentido, se señala que consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de “guardador” y “visitador” (propios de la guarda exclusiva) que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de la pareja.¹⁶

Para comprender mejor en qué consiste, atendiendo a existente jurisprudencia, vemos que respuesta conceden algunas sentencias de tribunales españoles que han intentado dar una respuesta:

¹⁵ GUILARTE MARTÍN- CALERO C, cit. p.155.

¹⁶ PINTO ANDRADE, cit., p. 42

- SAP Barcelona 12.ª 9.3.2007 entiende que la custodia compartida, es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental que tras la crisis de la pareja, tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración.¹⁷
- Por otra sentencia, ese mismo año, añade la SAP Barcelona en 2007 que la custodia compartida implica la asunción equitativa de las responsabilidades, teniendo en cuenta las necesidades de los menores, la disponibilidad de tiempo de los progenitores, siempre presidida por la flexibilidad y el entendimiento entre aquellos.¹⁸
- Por su parte, la SAP Toledo 1.ª 2.2.2005, unos atrás mantenía que todas las concepciones doctrinales sobre la custodia compartida giran en torno a un mayor grado de implicación de ambos cónyuges en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos. Desde ese punto de vista, y no desde el reparto temporal, es como se ha de contemplar la custodia compartida.¹⁹

¿Entonces, en qué consiste la custodia compartida? Podemos tratar de definir este concepto atendiendo al fin que persigue y en conclusiones derivadas de la jurisprudencia podemos entenderlo como un modelo de custodia en el que hay una igualdad entre progenitores, ya que busca que ambos participen más activamente del cuidado del menor. Es decir, a pesar de la alternancia en la guarda de los menores, sean ambos los que tomen en conjunto las decisiones sobre la vida de estos dándose así cumplimiento a las previsiones de la Carta Europea de los Derechos del Niño, cuando manifiesta que “todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...”, “en caso de separación de hecho o legal, divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, teniendo ambos las mismas obligaciones²⁰ (Arts. 8; 11 y 13 de la Carta)

Manteniendo así el menor un contacto mucho mayor con sus progenitores que le permita el desarrollo del menor teniendo presente en su vida a ambos y no excluyendo al progenitor no

¹⁷ SAP Barcelona Sección 12ª de 9 de marzo de 2007.

¹⁸ SAP Barcelona Sección 12ª de 16 de octubre de 2007.

¹⁹ SAP Toledo sección 1.ª de 2 de febrero de 2005.

²⁰ Artículos 8; 11 y 13 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, adoptada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992.

custodio prácticamente de la vida del menor. Por tanto, el rasgo más característico incluido en todos los diferentes tipos dentro de la custodia compartida es una materialización del derecho de igualdad que permite a los padres participar de un modo más homogéneo en el cuidado de sus hijos.

Debe aclararse que la atribución de guarda y custodia de los hijos menores, pese a la sistemática del CC que sitúa y enclava el reconocimiento y regulación de esta institución dentro de las consecuencias comunes a la crisis matrimonial,²¹ la normativa de protección de los hijos debe entenderse extensible a cualquier tipo de filiación ya sea matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva. Por ello, aunque a lo largo de este trabajo analicemos el art. 92 del CC, o para que no se alargue demasiado, se haga referencia en alguna ocasión a “hijos de matrimonios” o a “fin del matrimonio” ninguna duda puede caber respecto de su aplicación analógica a cualquier relación paterno-filial, esté dentro o fuera del matrimonio y cualquiera que sea su origen; lo contrario llevaría a una discriminación injustificada. Así, la jurisprudencia se ha preocupado de señalar la normativa aplicable en este caso y existen multitud de ejemplos de atribución de custodia compartida en parejas de hecho²².

Realmente, además de los cambios introducidos en materia de guarda y custodia de los menores, al mismo tiempo como hemos apuntado en los motivos que han dado origen a este nuevo modelo de ejercer la custodia, estamos asistiendo a grandes cambios a la hora de entender la familia en España. Así nos referimos al creciente fenómeno del no matrimonio o parejas de hecho. A pesar de la insuficiente regulación con la que cuenta esta institución, es un hecho jurídico que se sustenta en la *affectio maritalis* o voluntad de permanente y continuada de los convivientes, manifestada en el hecho de convivir como pareja estable²³. Esta realidad, a pesar de estar socialmente reconocida no ha sido por el momento regulada a nivel estatal por ninguna norma, por lo que se plantean una serie de problemas derivados esta realidad que no tienen una solución a los que el ordenamiento debe dar respuesta.

Pero, ha de quedar claro desde el inicio, en cuanto al tema que nos atañe, que la Constitución prohíbe todo trato discriminatorio de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales tal y como rezan sus artículos 14 y 39 y el código Civil viene a reiterar esta idea en el art. 108 del

²¹ Artículo 92 del Código Civil.

²² PINTO ANDRADE, cit., p. 62.

²³ PÉREZ ÁLVAREZ M.P., “El matrimonio”, *practicum familia* 2016, ARANZADI S.A. (Pamplona), 2015, p. 50.

CC, de tal modo que aunque la situación de las parejas de hecho no se encuentre regulada y plantee problemas, no debe hacerlo el trato que han de recibir los menores tras una crisis de la pareja de la unión de hecho, de tal modo que si no hubiere acuerdo entre los progenitores, las partes podrán dirigirse al juez para que adopte las medidas oportunas en aplicación de los arts. 92 y siguientes del CC.

Por cuanto ha sido intentado dar una solución para aclarar qué es la custodia compartida, esta no responde a un sistema único que sea igual en todos los supuestos, así como se verá más adelante, dentro de la custodia compartida existen numerosas situaciones que establecen el cuidado de los menores por sus progenitores y aunque todas se denominan como custodia compartida, entre ellas se pueden observar numerosas diferencias. Lo que debe quedar claro en todo momento es ese intento de mantenimiento de la situación anterior a la crisis conyugal para tratar de mantener la estabilidad en base bien supremo que es el interés del menor.

3. EL ORIGEN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La novedosa introducción de custodia compartida, obedece a cambios sociales que como hemos comentado, se han venido sucediendo en la sociedad española a lo largo de los años, y es que, aunque la jurisprudencia y la sociedad avanzaban en este sentido, la ley lo ha hecho de un modo mucho más lento.²⁴

Así hemos podido ver como la legislación autonómica ha ido un paso por delante de nosotros, poniendo una solución a esta necesidad que imperaba en la sociedad y que el legislador ha tardado en resolver, y si bien anticipándonos a lo que se dirá más adelante en el trabajo, lo ha hecho de una forma que ha dejado, según opinión de muchos, cuantiosas cuestiones sin resolver.

3.1. Situación anterior y evolución.

En este apartado analizamos con brevedad como se regulaba el derecho de familia años atrás en nuestro país para comprender mejor el presente.

²⁴ De todos es sabido que la posición que han ocupado la mujer y los hijos con respecto del padre dentro de la familia, ha estado en posición de clara inferioridad. A grandes rasgos, hasta principios del siglo XX, cuando se producía la disolución de un matrimonio, la custodia se otorgaba sistemáticamente al padre, partiendo de la premisa de que se encontraba en mejores condiciones económicas para mantener a los hijos, quienes, junto a las esposas eran de su propiedad. Con la entrada del siglo XX se produce un cambio de tendencia significativo al establecerse el principio que se conoce como la búsqueda del mejor interés del menor. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959 representa el cambio oficial de paradigma, a partir del cual las personas menores de edad comienzan a tener derechos propios, de forma personal e independiente de sus progenitores. Esto dio lugar a la doctrina de los *tender years* (años tiernos), la cual asume que los hijos pequeños deben permanecer bajo el cuidado de la madre, por considerar que es quien va a proporcionarles mejores cuidados. Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos por cambiar tal situación, encontramos de manera implícita esta doctrina de los *tender years*. FARIÑA, F., SEIJO, D., RACE, R., VAZQUEZ M.J. “Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma” Revista Anuario De Psicología Jurídica, núm 27, 2017, p. 107 y 108.

- En la **redacción original del Código Civil de 1889**, su artículo 70 hacía referencia a que, ejecutoriada la nulidad, sus efectos sería que los menores de 3 años, quedarán bajo el cuidado de la madre, mientras que los varones mayores de esta edad, pasarán al cuidado del padre, las hijas superada esta edad, se mantendrán bajo el cuidado de la madre.

Por su parte, el art. 73 establecía los efectos de la sentencia de divorcio según la cual, los menores de 3 años estarán al cuidado de la madre, pero se decía que serán puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.²⁵

- Según la **modificación del Código Civil producida en 1959**, así el art. 70 que regulaba la ejecutoria de nulidad, aumentaba esta edad a los 7 años. Edad la cual marcaba que, por debajo de ella estarían bajo el cuidado de la madre y una vez adquirida, los varones pasarían a estar bajo el cuidado del padre.

En el caso del art. 73 que regulaba en estos momentos la separación se volvía a tener en cuenta la culpabilidad o inocencia de los cónyuges para quedarse a cargo de los mayores de 7 años y a menos que se dispusiese otra cosa, los menores de esta edad, estarían bajo el cuidado de la madre.²⁶

Por tanto, aunque con diferencia de edad, lo que viene a decirse es que, los menores debían permanecer su madre, encontrando en esta la perfecta cuidadora de los hijos.²⁷ Situación la cual, bajo mi punto de vista creaba una compleja desigualdad en contra de ambos sexos. Me explico, en perjuicio de la madre, quien queda relegada a una posición en la familia en la que se considera a esta como aquella que debe cuidar de los menores, por este ser su papel pero no tiene sentido en una sociedad como la actual, en la que la mujer participa en la vida laboral

²⁵ Artículos 70 y 72 del Código Civil en su redacción original de 1889. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889

²⁶ Artículos 70 y 73 del CC en su redacción de 1959. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

²⁷ El origen de la palabra matrimonio, procede del latín “*matrimonium*” proviniendo de dos palabras: “*matris*” que significa madre y “*monium*” que significa carga o cuidado, dado que se atribuye a la madre la carga más pesada en la procreación y crianza de los hijos puede darnos una idea de la concepción de familia que se ha tenido durante muchos años. AZNAR DOMINGO, A., FERNÁNDEZ UCELAY, D., “La evolución histórica de las formas de extinción del vínculo matrimonial” Revista de Jurisprudencia Lefebvre el Dercho , núm 1, 2018. p. 4.

que se siga viendo de esa manera, no puede quedar el papel de la mujer relegado al de simple cuidadora de los hijos. Y es que tampoco se hace favor a los hombres, quienes han pasado a ser los sustentadores de la familia pero en cierto modo alejándolos de la misma, pasando a ser estos los meros sustentadores de pensiones alimenticias y visitas de fin de semana de sus hijos en lugar estar realmente involucrados en el cuidado de los mismos.

- Con la redacción que se da **Ley 30/1981, de 7 de julio**, por la que se Modifica la Regulación del Matrimonio en el Código Civil y se Determina el Procedimiento a Seguir en las Causas de Nulidad, Separación y Divorcio, se deja a un lado el factor de la culpabilidad y de la inocencia a la hora de determinar con cuál de los padres quedarán al cuidado los menores. Se mantiene, ahora en el art. 92 del CC que el cuidado de ellos corresponderá a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. Si bien, la preferencia en favor de la madre se mantenía de algún modo en el artículo 159 que decía “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.”²⁸

Por tanto, esta solución, no se ajusta realmente a las exigencias para una destrucción de esa desigualdad imperante entre ambos sexos que deja otra clara víctima en ese sistema, los menores, que ven negado su derecho de poder seguir manteniendo relaciones afectivas con sus dos progenitores, quedando la figura de uno de ellos, el no custodio, generalmente la del padre relegada a la de un mero visitante.²⁹

Tenemos que esperar hasta 1990, que no es poco, para que se lleve a cabo una verdadera desaparición, al menos legal, de esta desigualdad.

- Con la **Ley 11/1990, de 15 de octubre**, Sobre Reforma Del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo³⁰. Dice el preámbulo de esta Ley 11/1981, que “pese a la modernización que han representado las citadas leyes, el Código Civil sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo

²⁸ Código Civil en su redacción por la Ley 30/1981, de 7 de julio «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

²⁹ Datos del INE (2015): custodia a favor del padre en 2007: 3.111 mientras que la madre: 55.630] http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2015/files/assets/basic-html/page-14.html#. (Última visita 07/04/2018).

³⁰ «BOE» núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo.” Visto lo cual, realmente no es hasta esta fecha, 1981 cuando se elimina la desigualdad de trato en el tema de custodia de los hijos cuando se modifica el artículo 159 del CC que quedaba redactado de la siguiente forma “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.³¹

3.2. Un acercamiento a la situación actual.

Con este panorama, en el que la ley no se muestra partidaria de la preferencia de ningún progenitor a la hora de conceder la custodia compartida, entra en juego la gran modificación producida por la ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio, ley que realmente nos interesa en este asunto puesto que por primera vez, a nivel estatal, se ampara y regula la posibilidad de establecimiento de la custodia compartida. Del análisis de la exposición de motivos de esta ley extraemos las siguientes conclusiones:

Vemos como el art. 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge.³²

Poniéndose fin a la doble vía que obligaba la separación antes del divorcio, se ha pretendido reforzar la libertad de los cónyuges en el matrimonio, haciendo que la continuidad de este dependa tal solo de la voluntad de ambos. Basta ahora con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio para que este pueda pedir la finalización del mismo Otro de los grandes avances producidos en la materia es la eliminación del antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la

³¹ «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

³² Exposición de Motivos de La 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 «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005.

prole, consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente el perjuicio de no tener una fluida relación afectiva con alguno de sus progenitores. Visto lo cual, las reformas introducidas en materia de separación y divorcio, han hecho más libres a los cónyuges a la hora de decidir su situación personal. La permisión del matrimonio homosexual en este mismo año es claro ejemplo de cómo ha evolucionado la regulación de esta materia. Así el derecho de libertad se ha visto en gran modo efectivamente realizado en materia matrimonial, dando un gran salto normativo hacia las exigencias sociales que venían reclamando un avance en la materia.³³

Toda esta evolución ha influido notablemente en el asunto que nos ocupa, el tema de la custodia de los menores una vez que se rompe el vínculo matrimonial,³⁴ ya que a mayor libertad para disolver el vínculo matrimonial, más serán las situaciones en que debemos resolver en qué situación quedan los menores cuando se disuelve el vínculo de sus progenitores.

Para ello, centrándonos ya en el tema que nos atañe, pasamos a preguntarnos **¿qué encontrábamos antes de 2005 sobre la custodia compartida?**

Hasta la Reforma de 2005, los obstáculos para la aplicación de la custodia compartida se explicaba en:

En primer lugar, una falta de regulación del tema, es decir, si bien esta posibilidad no se prohibía expresamente, tampoco se contemplaba en el Código Civil y es que la normativa que establecía la ley 30/1981 que, al romperse la convivencia de los progenitores, se remitía a una situación de guarda exclusiva a favor de uno de los progenitores. Es más, esta

³³ EM de La 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 «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005, dice literalmente: *se ha puesto fin a la doble vía de separación previa al divorcio, pretendiendo reforzar de este modo el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales.*

³⁴ Como ya dijimos al principio del trabajo, nos referimos a su vez a todas las situaciones en las que los progenitores no estaban ligados por vínculo matrimonial, dando la normativa protección también a los hijos no matrimoniales.

oposición de los tribunales a este ejercicio conjunto, muchas veces era mantenido por ser “contrario al ordenamiento”.

Además, existía una cierta conformidad social en que la mujer fuera la que tradicionalmente tuviera la guarda y custodia de sus hijos, por tanto, a pesar de haber desaparecido la desigualdad legal, en la realidad de la sociedad española, se mantenía la consideración de la mujer como mejor cuidadora de los hijos tras una crisis de pareja. Situación que ha sido reivindicada por asociaciones de padres ya que, si nos centramos en el análisis de la atención dedicada por el varón a los menores, el porcentaje de tiempo ha incrementado notablemente en los últimos años. Así, en el momento actual las diferencias en los tiempos dedicados al cuidado de los niños, no son comparables ni desde luego justifican las grandes diferencias en las concesiones de guarda y custodia en exclusiva a las madres, que muy mayoritariamente siguen teniendo en exclusividad las custodias.³⁵

Como ya hemos visto en el análisis de las normas anteriores, a menos que se diesen circunstancias excepcionales o esta fuese el denominado “cónyuge culpable” de la situación de crisis matrimonial, lo establecido como regla general es que la custodia de los menores - dependiendo de la época, menor de 3 o 7 años- fuese ejercida exclusiva y directamente por la madre. Con esta contemplación en la norma difícil era la posibilidad de que el hombre pudiese hacer algo frente a esta situación si pretendía ser quien custodiase a los menores.

Es decir, además de que históricamente en la ley, se ha favorecido a que los menores quedasen bajo el cuidado de la madre, esta tendencia, se ha mantenido socialmente, e incluso en los tribunales.

A pesar de tener a simple vista todo en contra, la opción de la custodia compartida, fue posible gracias a que el Tribunal Constitucional declaró la plena constitucionalidad de este tipo de atribución de guarda y custodia³⁶ y a que la jurisprudencia se fue cuestionando ese argumento de que los menores están siempre mejor con la madre por los cambios de tendencias que se iban produciendo en la sociedad.

³⁵ BECERRIL D, “Algunos mitos de la custodia compartida” en *la custodia compartida en España*, Diego Becerril y Mar Venegas, Dykinson S.L., (Madrid), 2017, p. 79

³⁶ STC 4/2001, de 15 de enero de 2001, Sala 2º.

La reforma de 2005 ha modificado la situación dando una nueva redacción al artículo 92 del Código Civil, admitiéndose, de modo expreso en la ley³⁷, la posibilidad de una guarda conjunta, alterna o como se quiera llamar pero que viene ser la que en todo este trabajo hemos considerado como custodia compartida.

Además cabe reseñar respecto de esta modalidad de custodia que se entiende por muchos como el modelo contrario a la custodia ejercida exclusivamente por uno solo de los progenitores, carente de lógica bajo mi punto de vista, ya que como se verá a lo largo del trabajo en ocasiones es difícil distinguir cuando nos encontramos ante una u otra. Y es más, dice el Tribunal Supremo en su reseñada y repetida a lo largo de este trabajo, Sentencia de 29 de abril de 2013³⁸, que no se trata de una medida excepcional, sino que se debe considerar normal e incluso deseable este sistema 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.

En este sentido, las Comunidades Autónomas han ido un paso por delante, vemos a pequeña escala cual ha sido el papel de estas que, cabe decir, se han precipitado por dar una solución a las exigencias de los derechos de las familias que en el resto de comunidades se han visto satisfechas por los pronunciamientos de los tribunales pero al margen de la ley.

3.3. La posición de las comunidades autónomas en la custodia compartida.

En cuanto al tema competencial, dejar claro de entrada que la Constitución atribuye al Estado la competencia en materia de legislación civil, sin perjuicio de la posibilidad de mantenimiento de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan.

Así ciertas CCAA regulan la guarda compartida, siendo estas: Aragón, Valencia, País Vasco, Navarra y Cataluña.

¿Qué lleva a estas comunidades a regular sobre el asunto concreto que ahora nos compete de custodia compartida? La deficiente regulación de nuestro Código Civil sobre el asunto, unido a los cambios sociales que pedían una solución real a los problemas familiares en la situación actual, han llevado a que el primer paso dado en la materia haya sido por las

³⁷ Nos referimos a nivel Estatal.

³⁸ STS 257/2013 de 29 de abril de 2013

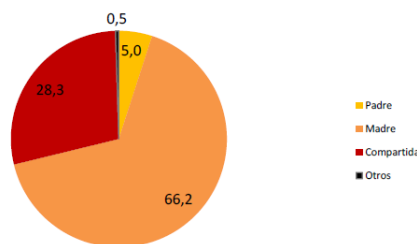
regulaciones de las CCAA, las cuales, veían los inconvenientes que se han venido estableciendo en cuanto a la concesión de la custodia compartida.

Tal y como rezan en sus exposiciones de motivos, en los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guarda y custodia de los hijos comunes, que lleva al otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer. Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores”³⁹

Por su parte, de nuevo, la EM de la Ley Navarra mantenía que la regulación contenida en el CC aunque se contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres y mantenía que tal ley foral pretendía corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia compartida de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores”.⁴⁰

Los números hablan por sí solos y así, según las estadísticas del INE⁴¹, este ha sido el avance en números y porcentajes exactos:

Separaciones y divorcios (cónyuges de diferente sexo) según quien ejerce la custodia (%). Año 2016



³⁹ Ley formalmente derogada, por DL 1/2011 de 22 de marzo, pasando a refundirse en el actual Código de Derecho Foral de Aragón, arts. 75 a 84.

⁴⁰ Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, «BOE» núm. 87, de 12 de abril de 2011.

⁴¹ Resultados obtenidos del Instituto Nacional de Estadística: http://www.ine.es/CDINEbase/consultar.do?mes=&operacion=Estad%EDstica+de+nulidades%2C+separaciones+y+divorcios&id_oper=Ir Fecha última consulta 25/06/2018.

Este indudable cambio de miras debe entenderse en el sentido de que la sociedad demandaba un cambio en el sistema. No hace tanto tiempo, en 2008, la custodia era atribuida a la madre en la mayoría de los casos.⁴² Si bien esta situación ya no tenía su causa en la legislación, la cual había eliminado la diferencia de trato entre hombres y mujeres, sino que esto era debido a una costumbre aceptada socialmente, la cual creaba grandes desigualdades. Y no en favor de un sexo o el otro, ya que considero que esta situación no beneficiaba en puridad a ninguno de los dos sexos. Por un lado, la mujer, condicionada a en el momento que se pusiera fin a su relación, quedar con el cuidado de los hijos. Situación en cierto punto insostenible cuando accede al mercado laboral, ya que no siempre es combinable trabajo y familia y más cuando debe hacerlo uno solo.

Y de otro lado los hombres, los que quedaban a un lado tras la ruptura correspondiendo a la mujer la vivienda familiar y el cuidado de los hijos, quedando para él un derecho de visitas a sus hijos que se limita en numerosas ocasiones a los fines de semana alternos, perdiendo en muchas ocasiones su verdadero papel de padre de sus propios hijos.

Por tanto, pidiendo la sociedad un cambio en esta materia, consecuencia directa del resto de cambios que se han dado en la sociedad en los últimos años, para establecer un sistema acorde al de las necesidades actuales, las Comunidades Autónomas han ido un paso por delante al Estado al implantar en sus ordenamientos normativas propias que permitían una normalización de este tipo de custodia favoreciendo tanto su petición en los juzgados como la concesión de la misma. Consecuencia de ello, tal y como se mantenía la Exposición de Motivos LAIRF⁴³(Aragón) “se favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres”.

Todo ello se lleva a cabo bajo el siempre dominante Interés Superior del Menor que no se debe olvidar a la hora de establecer cualquier medida en relación con los menores.

⁴²http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2015/files/assets/basic-html/page-14.html#. Fecha última consulta: 27/06/2018.

⁴³ La derogada Ley de Aragón de Igualdad de Relaciones Familiares.

4. MODALIDADES O TIPOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Habiendo tenido un pequeño acercamiento en el tema, cabe preguntarse, entonces, ¿cómo va a desarrollarse este modelo de custodia? Ei bien, se reconoce en el art. 92 del CC, la posibilidad de que los padres se alternen en el ejercicio de la guarda y custodia de los menores, esta normativa no impone en modo alguno la modalidad de custodia compartida, abre al juzgador y a los propios progenitores nuevas y diferentes formas de repartir el tiempo de permanencia de los hijos comunes con ambos padres⁴⁴.

Las posibles modalidades de custodia compartida son ilimitadas, ya que las circunstancias de cada grupo familiar pueden prestarse a todo tipo de combinaciones. La custodia compartida no admite estándar y podría decirse que en cada caso habría que hacer “un traje a medida” y para confeccionarlo nadie mejor que los propios progenitores que son los que conocen perfectamente todo lo que acontece en el grupo familiar.⁴⁵

Es decir, no hay un modelo general de custodia compartida que divida exactamente al 50% el tiempo que los menores han de pasar con cada uno, sino que caso por caso, el juez, deberá valorar las situaciones personales para establecer las medidas que mejor se ajusten a cada caso.

Y es que tal y como ha admitido la jurisprudencia, lo característico de este tipo de custodia, la compartida, es la involucración de los padres en el cuidado y toma de decisiones y de todas aquellas cuestiones que afecten al menor, tratando de crear la “la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido: todo queda más o menos igual en cuanto a la relación que tienen los hijos con sus progenitores, con la salvedad de que estos ya no viven juntos.”⁴⁶

Para poder analizar las distintas opciones que pueden contemplarse a la hora de decantarse por establecer el sistema de custodia compartida, se analiza en este trabajo desde dos puntos de vista:

⁴⁴ SARAVIA GONZÁLEZ A.M., cit. p. 199.

⁴⁵ PÉREZ MARTÍN A.J., en “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida” Boletín de Derecho de Familia, núm 110, 2011, p. 5.

⁴⁶ PINTO ANDRADE, cit., p. 42.

1. EN RELACIÓN USO VIVIENDA	2. EN RELACIÓN AL TIEMPO DE ALTERNANCIA
Hijo se mantiene en el domicilio familiar	Periodos de alternancia cortos en el tiempo
Hijo rota a los domicilios de los progenitores	Largos periodos de alternancia en el tiempo

4.1. Según el domicilio donde residan los menores.

En este sentido podemos encontrar dos tipos de custodia compartida:

4.1.1. *Custodia compartida sin cambio de domicilio para los hijos.*

Este supuesto es aquel en que son los padres los que cambian de domicilio, permaneciendo los menores en el domicilio familiar.

En cuanto a las ventajas que se derivan del mismo, encontramos la estabilidad del menor, al no cambiar de domicilio. Así mantendrá siempre el su entorno invariable, siendo los padres los que han de rotar.

En contraparte, las dificultades de este modelo también conocido como “casa nido” no dejan de ser una incomodidad para los padres y fuente casi segura y adicional de conflictos. Esta fórmula, resulta, además, costosa económica y organizativamente.⁴⁷

Se trata de un modelo que ha tenido cierta incidencia en Estados Unidos, pero que se da con muy poca frecuencia entre nosotros, debido a su inconveniente principal de tener que contar con tres viviendas. Si bien es cierto, sí que encontramos sentencias que se pronuncian en este sentido como la SAP de Castellón de 28 de mayo 2008⁴⁸.

Así, en Sentencia de Sevilla n°54/2011 adoptó el sistema de custodia compartida en la modalidad de permanencia de los menores en el nido y alternancia de los progenitores cada seis meses, con régimen de visitas ordinario para el progenitor temporalmente no custodio.⁴⁹ Como veremos más adelante, el hecho de que en el ámbito temporal se establezca una

⁴⁷ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 52 y 53.

⁴⁸TORRES PEREA J.M., “La custodia compartida”, *practicum familia* 2016, ARANZADI S.A. (Pamplona), 2015, p. 648.

⁴⁹ SJPI n°54/2011 de Sevilla, dictada en fecha de 28 de enero de 2011.

modalidad de alternancia amplia en el tiempo como son estos seis meses lleva a la consecuencia de que, para que se cumplan efectivamente los interés que persigue la custodia compartida, se introduzca además el derecho de visitas del progenitor no custodio.

Una de las peculiaridades destacables en esta Sentencia, además de establecerse la modalidad en que son los padres quienes rotarán, es que como los ingresos del padre son superiores a los de la madre, él alquilará un inmueble en el que residirá su exmujer en el periodo que no conviva en el domicilio familiar pero será el marido quien estará obligado a seguir pagando las rentas en concepto de contribución a las cargas familiares.

4.1.2. Custodia compartida con cambio de domicilio de los hijos.

Este es el modelo en contraposición al anterior más extendido en la práctica puesto que no requiere una vez rota la relación familiar, pasen a necesitarse tres domicilios: uno para los menores y otro para que cada progenitor pueda vivir cuando no ostente la guarda de los menores.

En este modelo, son los hijos los que van a alternar el domicilio, pasando periodos (que vemos en el siguiente apartado) con cada progenitor, lo que permite que estos tan solo tengan que hacer frente a una vivienda, en la que ellos mismos viven y lo hará su hijo en el periodo que corresponda.

Si bien este modelo evita problemas económicos al ser un sistema menos costoso y permite una mejor conciliación de la nueva vida privada de cada progenitor, resta estabilidad al menor, que será quien deba moverse debiendo adaptarse a cada domicilio y al entorno que engloba.

Otro de los problemas derivados de este tipo de custodia, será el de la atribución de la vivienda familiar que veremos en los siguientes apartados.

4.2. Según el tiempo de alternancia en la custodia.

Debe ponerse en relación con la clasificación anterior, es decir, la alternancia respecto del domicilio, tanto si son los hijos los que rotan como si son los padres, deberá hacerse con una frecuencia, vemos aquí las diferentes posibilidades.

No se determina en la ley la frecuencia de la alternancia, probablemente por entender que se trata de una cuestión dejada al arbitrio del juzgador que puede fijar una alternancia:

Semanal (SAP Castellón de 10 de abril de 2003); Quincenal (SAP Baleares de 19 de abril de 1999); Mensual (SAP Valencia de 22 abril de 1999; Trimestral (SAP Madrid de 25 octubre de 2002); Semestral (SAP Granada de 3 octubre de 2001); Anual por curso escolar. (SAP audiencia provincial de Córdoba de 10 de marzo de 2005)⁵⁰

Dentro de estas podemos entender dos tipos de custodia, la **custodia compartida en sentido estricto**, en la que la alternancia se llevará a cabo por cortos periodos de tiempo y **la custodia compartida en sentido amplio**, donde los periodos de alternancia serán mayores.

El problema a la hora decidirse un sistema u otro es que siempre recibirá críticas, de un lado, los modelos de custodia compartida con alternancia breve en el tiempo recibirán la crítica de que suponen una inestabilidad para los menores, pero por otro lado, el resto, dejarán abierta la puerta a quienes consideren que no se trata en puridad de un sistema de custodia compartida.

Otro de los tipos de custodia que podemos encontrar es **la custodia compartida simultánea**: supuesto únicamente posible cuando, después de la separación de la pareja, los progenitores siguen conviviendo en el mismo domicilio en unión de los hijos. Esta circunstancia puede darse cuando la vivienda familiar se divide en dos dependencias distintas, permitiendo que los hijos puedan indistintamente estar en una o en otra, o incluso compatibilizando algunos espacios. Tal y como dice Antonio Javier, esta modalidad es hipotética pues contradice a la causa que da origen a la custodia, esto es la previa crisis matrimonial, motivo por el que en la práctica es de muy difícil sustanciación.⁵¹

También podemos hablar de sentencias que optan por conceder la guarda y custodia **“progresiva”**, estableciendo que en sucesivos periodos anuales se vaya igualando progresivamente el periodo de estancia del menor con cada uno de sus padres, a título de ejemplo la SJPI Sevilla nº 17 de 28 de diciembre de 2007 apuesta por esta solución.⁵²

⁵⁰ GUILARTE MARTÍN- CALERO C, cit. p. 173

⁵¹ PÉREZ MARTÍN A.J., en “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida” Boletín de Derecho de Familia, núm 110, 2011, p. 6.

⁵² TORRES PEREA J.M., cit. p. 649.

Respecto de las **custodias compartidas en sentido estricto**, es decir, en las que la alternancia se hace en cortos periodos de tiempo:

Aunque es difícil delimitarlas, ya que pueden ir desde aquellas que rotan antes de que se supere una semana hasta aquellas que se distribuyen por meses, puede acotarse en este sentido aquellas comprendidas hasta un mes de duración, habrá autores que entiendan que cuando se trata de custodias en las que el periodo que corresponde a cada progenitor en el papel de custodio es de un mes no serán en sentido estricto.

Las modalidades según el tiempo no podemos fijarlas en cuanto a una lista concreta, ésta, si queremos que comprenda todos los tipos sería infinita, pudiendo también encontrar alternancia: horaria dentro del día (SAP Barcelona 12º 16.3.2007), diaria o cada dos días (SSAAPP Barcelona 18º. 20.2.2007, Oviedo 7ª. 2.4.2003)⁵³ y un sinfín de posibilidades que variarán en función de las necesidades de cada familia en concreto.

Este tipo de rotación es el más aconsejable cuanto más pequeños son los hijos, así el modelo orientador de la institución estadounidense Children's Rights Council establece un cuadro orientativo de la frecuencia de contacto del padre donde se puede apreciar que cuanto más pequeños sean los hijos, es aconsejable que menor sea el tiempo que transcurre sin ver a uno y otro progenitor:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día
Entre 1 y 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día de convivencia con el progenitor no conviviente esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal.

Visto este cuadro, se entiende que lo ideal es que la frecuencia de visitas con cada progenitor cuando estos son pequeños sea cuanto más frecuente menor.⁵⁴

⁵³ PINTO ANDRADE, cit., p. 82.

⁵⁴ PINTO ANDRADE, cit., p. 82.

Son muchos los autores que, como Juan Pablo González del Pozo⁵⁵ consideran este modelo de alternancia como el más adecuado entre los más pequeños ya que según convienen en general los psicólogos, la percepción del transcurso del tiempo por los menores varía de forma considerable según la etapa evolutiva en que se encuentren, así para los menores de corta edad se aconsejan estancias breves y frecuentes con cada progenitor, a fin de evitar los sentimientos de pérdida del progenitor y atenuar el dolor de la separación⁵⁶

Respecto de las **custodias compartidas en sentido amplio**, es decir, aquellas en las que el tiempo de alternancia es más largo en el tiempo:

Hay autores y tribunales que no las consideran como una modalidad de custodia compartida realmente. Así, por ejemplo Cristóbal Pinto Andrade, excluiría el concepto de custodia compartida en sentido amplio por quincenas, meses, trimestres... ya que desvirtuaría la igualdad de los progenitores y su toma de decisiones conjuntas. Lo que trata de evitar es que cada uno en su periodo tome las decisiones cotidianas que considere adecuadas, aunque sea en un periodo relativamente corto, el otro quien vaya a asumir estas decisiones. Dice, que los progenitores se reparten la custodia sin coincidir físicamente entre ellos y a lo largo de periodos alternos más o menos largos (semanas, quincenas...). En este caso, como los periodos de alternancia son mayores, los progenitores no solo realizan unilateralmente determinadas tareas sino también la toma de casi todas las decisiones ordinarias y cotidianas durante este periodo.⁵⁷

En consonancia con esta idea, la SAP de Zaragoza de 5 de junio de 2007 mantiene que “a un régimen de visitas amplio no puede otorgársele el carácter de guarda y custodia compartida, porque esta implica una asunción de deberes y responsabilidades que no se traslucen en el derecho de visitas.”

Compartiendo la idea de que cuanto mayor es el tiempo entre los periodos de alternancia, más se desdibuja la idea de la custodia compartida, provocando un problema añadido, si queremos que se cumplan los objetivos de persigue la custodia compartida, deberá por tanto darse solución mediante la implantación de un régimen de visitas. Punto que será analizado a lo largo del trabajo.

⁵⁵ Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Familia de Madrid.

⁵⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J.M., en “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida” Boletín de Derecho de Familia, núm. 110, 2011, p3.

⁵⁷ PINTO ANDRADE, cit., p. 44.

Como hemos visto, la custodia compartida puede presentar distintas modalidades y de hecho suele atender a fórmulas flexibles que suelen apartarse de criterios rígidos que repartirían los tiempos de convivencia del menor con sus dos padres por estrictas partes iguales⁵⁸. Por tanto, al implantarse el régimen de custodia compartida, no desaparecen los problemas propios que surgían en la custodia exclusiva, habiendo darse respuesta así a ¿qué hacemos con la vivienda familiar? ¿Qué ocurre con la pensión de alimentos? ¿Ya no es necesario un régimen de visitas? Si bien, antes de atajar estos problemas, veamos cuando se opta por establecer la custodia compartida y como este modelo no es solución universal a todos los supuestos, ya que este régimen de custodia compartida puede ser válido o no según las características del menor y de la familia en diferentes momentos⁵⁹.

4.3. Las visitas dentro de la custodia compartida.

Salvo que los periodos de alternancia sean muy breves (días, semanas), el establecimiento de la custodia compartida no elimina la fijación de un régimen de visitas para los progenitores en aquellos periodos en que el niño no se encuentre a su cargo.

Como acabamos de ver, la fijación de un sistema de custodia compartida no elimina la necesidad de establecer un régimen de visitas cuando los periodos de alternancia sean amplios si no se quiere perder la verdadera esencia de la custodia compartida.

Como hemos podido ver en la evolución normativa, la solución otorgada por los tribunales antes de la Ley 15/2005 al carecer de una base normativa, pasaba por conceder custodias exclusivas con amplios regímenes de visitas, poco distantes en el tiempo para que se preservase el derecho de los menores de disfrutar de ambos padres. Dos nombres para una misma realidad, evitar el distanciamiento de los hijos respecto de sus progenitores e impartir una mayor responsabilidad en el cuidado de los mismos entre los dos progenitores [coparentabilidad].

Por ello, la crítica ante que un régimen de custodia compartida amplio con un derecho de visitas del progenitor no custodio se podría equiparar a los supuestos de custodia exclusiva

⁵⁸ TORRES PEREA J.M., cit. p.647.

⁵⁹ MARÍN, M., DUJO, V., HORCAJO, P. J., “Estudio Comparativo de las Decisiones de los Magistrados del Tribunal Supremo Español y los Resultados de Estudios Empíricos Sobre las Implicaciones Psicológicas en Menores en Situación de Guarda y Custodia Compartida”. Revista Anuario De Psicología Jurídica. núm. 27, 2017, p 124.

con régimen de visitas cabe preguntarse ¿es lo mismo la custodia compartida que una custodia exclusiva con un régimen de visitas amplio? En este punto conviene diferenciar cantidad y calidad, y ambas realidades deben diferenciarse netamente: un régimen de visitas amplio reparte los tiempos de convivencia, pero la custodia compartida reparte, además, las responsabilidades que se dimanan del ejercicio de la patria potestad; o lo que es lo mismo, fomenta la corresponsabilidad parental.

Como señala la doctrina, si bien es verdad que con un sistema de visitas amplio el menor disfrutará de un mayor tiempo de la presencia física de su progenitor “visitante”, también lo es que el progenitor “custodio” sigue siendo el encargado de forma exclusiva y en todo momento del control y educación del menor. Un régimen de visitas amplio reparte los tiempos de convivencia, pero la custodia compartida reparte, además, las responsabilidades e implicaciones que se dimanan de la corresponsabilidad parental.⁶⁰

Es cierto que es difuso en ocasiones el régimen de comunicación y visitas cuando este es amplio y el régimen de custodia compartida cuando en este la alternancia se hace por tiempos más espaciados, si bien, como se ha querido dejar claro a lo largo del trabajo y en reiteración de lo dicho por Cristóbal, la custodia compartida no es solo un reparto de los tiempos sino más bien un mayor reparto de las responsabilidades parentales en orden a la mayor y mejor involucración de los progenitores para con sus hijos.

Entendido así en términos no solo de cantidad de horas repartidas, la custodia compartida no puede confundirse de la exclusiva a pesar de que en esta se establezca un régimen de visitas amplio.

⁶⁰ PINTO ANDRADE, cit., p. 84

CAPITULO II: ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

5. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL MOMENTO ACTUAL.

Gracias al pequeño análisis realizado sobre los orígenes de la custodia compartida podemos tener una ligera idea de lo que trata de conseguir este modelo. En este apartado vamos a observar cómo se encuentra en el momento actual la situación, cuales son los factores tenidos en cuenta, distinguiendo aquellos que marca la ley o cuales han sido en la práctica de los tribunales, para tomar la decisión de optar o no por la custodia compartida.

De este modo, se divide el apartado de la siguiente manera, para tratar de dar respuesta de la mejor manera a las circunstancias que hacen que el sistema de custodia compartida sea el elegido por entenderse el más conveniente: primero un análisis del art. 92 del CC, precepto que ampara legalmente por primera vez la opción de la custodia compartida. Guardando estrecha relación con: Interés Superior Del Menor y derecho de los niños a relacionarse con sus progenitores. Requisitos procesales: petición por los progenitores de este concreto sistema. Requisitos materiales: resto de circunstancias tenidas valoradas a la hora de buscar el interés superior del menor.

Marcan los apartados 5, 6, 7,8 y 9⁶¹ de este artículo las condiciones que han de darse para conceder la custodia compartida cuando se ha producido la ruptura del matrimonio. Como

⁶¹ 5. *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

6. *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

7. *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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 de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

8. *Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

ya mencionamos al principio del trabajo, estos se aplican analógicamente a aquellas situaciones en las que no mediando matrimonio entre los cónyuges se produce una ruptura entre los padres de los menores, es decir, este sistema de protección garantiza la aplicación del principio de igualdad evitándose disquisiciones en torno a la consideración matrimonial o no de los hijos.

De la lectura de los mismos podemos extraer las siguientes conclusiones: la custodia compartida debe ser solicitada por ambos progenitores, o al menos por uno de ellos. Se debe procurar no separar a los hermanos. El Juez, en aras de tomar la mejor solución deberá tener en cuenta el informe del Ministerio Fiscal, escuchar a los menores que tenga suficiente juicio, valorar las relaciones que tengan los padres entre sí y estos con los hijos y recabar informe de especialistas debidamente cualificados. De esta redacción, parece entenderse que lo normal es que se establezca el sistema de custodia exclusiva, sistema mayoritario como hemos visto, y es que tal y como se encuentra en el CC la regulación, a menos que se el juez entienda todos estos factores deriven en la consecuencia de que es positivo establecer este sistema, se optará por la custodia exclusiva en favor de un solo progenitor.

Por ello, cabe resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 en la que se establece que de 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 u en tanto en cuanto lo sea.⁶²

Así, establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia reseñada que marca doctrina, se extrae que este no se trata de un sistema extraordinario, sino que es el que deberá establecerse siempre que con ello se satisfaga el interés del menor, para dar así cumplimiento al derecho de relacionarse con sus progenitores. Dos hechos que son dignos de especial atención en este trabajo.

Declarado inconstitucional y nulo el inciso destacado del apartado 8 por Sentencia del TC de 17 de octubre de 2012. Ref. BOE-A-2012-14060.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

⁶² STS 29 de abril de 2013 n°257/2013.

5.1. El interés superior del menor. (ISM)

Como no podría ser de otra forma, este *favor filii* ha de ser el punto de referencia a partir del que giran las medidas a adoptar en relación con la custodia compartida, sea de mutuo acuerdo o a petición de uno de los progenitores. Por tanto, dentro de los factores a tener en cuenta es el más importante y el que condiciona al resto que estarán en todo caso por debajo de la satisfacción de este interés del menor.

Este principio, es el que vincula al juez a la hora de tomar cualquier tipo de decisión en relación con las medidas a adoptar en procedimientos donde estén presentes los menores, manifestado en este sentido, no solo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino siendo reconocido el ISM por la normativa nacional y supranacional como interés digno de protección.

Tal y como establece el la Constitución Española “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos*” Así, la Carta Magna ofrece una serie de parámetros que deben cumplirse para proteger a los menores. Sigue diciendo el mismo artículo, el 39, que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*”⁶³

Así, si acudimos a un plano supranacional, la protección del menor sigue siendo de máxima importancia:

De tal modo, tanto la Carta europea de Derechos del Niño⁶⁴ cuando en su art. 24.2 dice que “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial” establece el principio de que el interés del menor será un aspecto de protección por encima de otros intereses como también La Convención De Derechos Del Niño⁶⁵ cuando cita en su art. 3.1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” mantiene este interés superior del menor como uno de los principios a tener en cuenta a la hora de toda actuación en la que entren en juego los menores.

⁶³ Artículo 39 de la CE «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

⁶⁴ De 21 de septiembre de 1992.

⁶⁵ Adoptada por asamblea general de la ONU el 20 de noviembre de 1989

Nuestro legislador nacional con la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y la Adolescencia, ha querido dar un paso más, pues no se ha limitado a reconocer que el ISM sea una consideración primordial, sino que ha establecido que primará sobre cualquier otro interés legal que pudiera concurrir, por lo tanto lo eleva a “consideración primordial”⁶⁶.

El interés superior del menor, como criterio rector de todas las actuaciones relativas a los menores, ha sido tenido en cuenta a la hora de tomar todo tipo de decisiones como establecimiento de la guarda y custodia por la jurisprudencia⁶⁷.

Aunque algo está claro y es que en aquellos asuntos en los que están en juego decisiones sobre menores, el interés de estos se coloca por encima de cualquier otro, pero ¿qué es realmente el interés superior del menor? Sí que es cierto que el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y Adolescencia establece unos parámetros a tener en cuenta pero lo hace con una cierta ambigüedad, lo que nos lleva a determinar el interés superior del menor como un concepto abierto o abstracto que solo puede concretarse cuando se aplica a un caso particular, y no puede concretarse el ISM en una definición estricta pues ello equivaldría a negarle su condición de cláusula general, y lo que se trata es de un mecanismo que sirva para adaptar el derecho a la realidad social.⁶⁸

Sobre este concepto de interés superior del menor, hemos de destacar que es novedoso, en el sentido de que viene empleándose desde hace aproximadamente 30 años. Tiempo el cual ha sido objeto de análisis y debates sobre contenido del mismo, llegando la doctrina a la conclusión de que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Aplicándolo al tema que nos atañe, en el de la custodia compartida, vemos como con la vigente regulación que ofrece el art. 92 del CC, se abre la posibilidad que, tras una crisis conyugal, no sea la custodia compartida por uno de los progenitores la única solución, sino que se puede optar también por la custodia compartida. El problema es conocer cuándo se va a optar por una solución u otra. Y lo que se tiene en cuenta principalmente, como hemos extraído de los apartados 4º y 8º del artículo es el interés superior del menor entre otros, si bien el más importante puesto que como hemos analizado en la diferente normativa tanto nacional como internacional este siempre va a quedar por encima de cualquier otro interés en juego. En este sentido, hemos

⁶⁶ TORRES PEREA J.M., cit. p. 633.

⁶⁷ PINTO ANDRADE, cit., p. 55.

⁶⁸ TORRES PEREA J.M., cit. p.634.

de saber que este concepto es indeterminado, abierto o como preferiblemente prefiera denominarse, ya que no establece un concepto legal al uso para conocer cuál es ese bienestar del menor sino que se da en este ámbito, como buenamente ocurre con la mayoría de situaciones en derecho de familia, una amplia discrecionalidad al juez a la hora de decidir. El problema, por llamarlo de algún modo, es que al no tener una definición concreta de interés superior del menor, hay que determinar caso por caso que es lo que va a ser mejor para él; de este modo, lo abstracto se circunscribe al momento de situar en la práctica la definición teórica del concepto, puesto que el interés del menor no es el mismo en todos los casos, además que la vida de cada menor tiene matices propios⁶⁹.

Estos criterios sirven al Juez como guía en su resolución, es así que parte de la doctrina cita los siguientes criterios:

- La satisfacción de las necesidades materiales básicas y las de tipo espiritual.
- La atención de los deseos del menor de acuerdo a su estado de madurez.
- El mantenimiento -si es posible- del *status quo* material y espiritual del menor.
- Se debe considerar especialmente la edad, sexo y personalidad del menor.
- Se tiene que tomar en cuenta los riesgos que implica cambiar la situación presente del menor en el plano físico o psíquico.
- Se debe analizar las perspectivas del futuro del menor.

Dichos criterios son parámetros sociales que comprenden tanto el ámbito personal como al ámbito patrimonial del menor.⁷⁰

Siguiendo de nuevo la perspectiva en el tema que ofrece Pindado, la mayoría de las opiniones coinciden en identificar este concepto de interés superior del menor, directamente con el bienestar físico y emocional. Así, los autores anglosajones se remiten al significado de WELFARE (bienestar) ofrecido por la jurisprudencia. De tal modo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, son más importantes la seguridad, el cuidado y la comprensión. Como ya hablaremos más adelante de ello, consecuencia directa de esto es que, la aplicación d este

⁶⁹ https://porticolegal.eleconomista.es/pa_articulo.php?ref=306
30/05/2018.

⁷⁰ https://porticolegal.eleconomista.es/pa_articulo.php?ref=306
30/05/2018.

Fecha última consulta

Fecha última consulta

principio de búsqueda del interés del menor por encima de todo, conlleva a una mayor discrecionalidad judicial a la hora de tomar decisiones⁷¹.

No obstante, es conveniente buscar pautas orientativas para dar contenido al ISM, para ello, puede ser de gran utilidad la Observación General nº 14 aprobada por el comité de los derechos del niño de las NNUU, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁷².

Dice la Observación General que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo del niño. Este es un concepto triple en el sentido de que

- Derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida.
- Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Finalmente: una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte al menor, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales⁷³.

En cuanto a los criterios a tenerse en cuenta a la hora de determinar este interés superior del menor, son numerosos los intentos que han ofrecido una lista de elementos que podrían ayudar a formar una opinión de lo que es mejor para el menor, como es el caso del nº 5 de la Observación general ofrece una lista como lo hace también el art. 11.2 de la LO 1/1995 de Protección jurídica del menor. Por su parte y la que vamos a ver con mayor detenimiento, la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación Del Sistema De Protección A La

⁷¹ Se entiende que WELFARE es un término que incluye el bienestar tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, como en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la confianza en sí mismo y el debido orgullo personal. PINTO ANDRADE, cit., p. 56.

⁷² Recogido en el art. 3.1. de la Convención como ya hemos mencionado antes.

⁷³ 2013.

Infancia y a La Adolescencia, incluyó⁷⁴ el siguiente enunciado de criterios mínimos a tener en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación en el caso concreto del ISM:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Criterios que se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) Edad y madurez del menor.
- b) Necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, a sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, condición de refugiado o solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del paso del tiempo en su desarrollo.

⁷⁴ Lo incluyó en el art. 2 LO 1/96.

- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores⁷⁵.

Añade la Ley que los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en interés superior del menor no limite más derechos de los que ampara.

El principio de mantenimiento del interés superior del menor, se encuentra estrechamente vinculado con el derecho del niño a relacionarse con sus progenitores.

Establece la Sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2013 quedando sentada como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando 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.⁷⁶

5.2. Derecho del niño a relacionarse con sus progenitores.

⁷⁵ TORRES PEREA J.M., cit. p. 634.

⁷⁶ STS 29 de abril de 2013 n°257/2013.

Otra de las ideas que se extrae de la STS 29 de abril de 2013 es el del mantenimiento del niño a relacionarse con ambos progenitores. La custodia compartida, tal y como se ha ido viendo a lo largo del trabajo y como menciona el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de abril de 2018,⁷⁷ reiterando lo dispuesto en otras sentencias de la misma sala, fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, se estimula la cooperación de los padres en beneficio de los menores.

Esta es por tanto otra de las ideas sobre las que se establece la base de la custodia compartida, dándose así un cambio en el modo de dar respuesta a las necesidades de los menores.

Frente a una distribución de roles de familia en que el cuidado de los hijos estaba normalmente atribuido a las madres (al igual que las tareas domésticas), a lo largo de los últimos años se ha venido produciendo una mayor participación del hombre en ambas tareas y se pretende fomentarlo legalmente aún más. Se persigue incrementar la corresponsabilidad de los padres en la educación, formación y cuidado de los hijos. Asimismo, la ley pretende disminuir la privación a los hijos de la presencia de uno de sus progenitores, así como atender a la reivindicación de los varones que se consideran marginados en el ejercicio de su paternidad.⁷⁸

Debe tenerse en cuenta lo dicho, que ha de ser siempre puesto en conexión con el Interés Superior del Menor del que hablamos anteriormente, de tal modo que no puede desprenderse que esta situación de contacto continuo sea siempre la mejor solución para los menores puesto que ha de ser puesto en conexión con el resto de circunstancias. Así en la Carta de los Derechos del Niño, en el art. 9 de esta se dice “es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para su interés superior”. Por tanto, teniendo en cuenta que ambos deben ser tenidos en consideración, tal y como establece la normativa nacional e internacional, para asegurar lo mejor para los menores, el interés superior del menor puede con todo, pasando por encima de incluso, separar a este de uno de sus padres si esto redundaría en su beneficio.

⁷⁷ STS 194/2018 de la Sala 1ª, de lo Civil de 6 de abril de 2018.

⁷⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L., *Derecho de familia y persona: efectos y medidas comunes a la separación, divorcio y nulidad*, BOSH, 2007, p. 107.

Una vez dicho todo esto, cabe entrar en el análisis de las exigencias legales o circunstancias que han de valorarse y derechos que deben ser ponderados marcados por el actual artículo 92 del Código Civil que anteriormente mencionábamos. Para un mejor análisis de los mismos, se ha creído oportuno dividirlos en cuatro apartados relativos a los requisitos materiales, los procesales, otras circunstancias tenidas en cuenta por los tribunales y las circunstancias que excluyen la custodia compartida.

5.3. Requisitos materiales.

5.3.1. *No separar a los hermanos.*

Dice el apartado 5 del artículo 92 del CC, que se posibilita la custodia compartida, si bien estableciendo el requisito de que se procure, a la hora de tomar esa medida no separar a los hermanos. Parece algo lógico cuando la custodia compartida tiende a preservar la situación familiar anterior a la ruptura de los progenitores.

Pero, debe mencionarse que esta posibilidad, la de separar a los hermanos existe, y es más recibe el nombre de **guarda y custodia distributiva**. Este tipo de custodia es poco habitual ya que el principio de unidad familiar limita y recomienda preservar la relación entre hermanos, al ser la más duradera de las relaciones personales-familiares -frente a las relaciones de pareja o a las relaciones padre-hijo-. Esta no debe quedar afectada por la ruptura de sentimental de los progenitores, por lo que ha de procurarse, en beneficio de los menores, el equilibrio emocional de los hijos manteniéndolos unidos.⁷⁹

Por tanto, este modelo no es fomentado por el Código Civil ya que aunque posible ya que está contemplado en el apartado segundo del artículo 96 del mismo, a su vez, el mismo Cuerpo legal muestra claramente su disfavor hacia ella no recomendándola “procurando no separar a los hermanos.” Este rechazo es compartido por las normas de las CCAA ya que es la que más se acomoda a los usos sociales y sobre todo la que más beneficia al tan buscado interés superior del menor⁸⁰.

En la práctica de los tribunales, sí que se ha dado esta situación. Así la SAP de Sevilla de 8 de mayo de 2007, mantuvo que era aconsejable la separación de dos hermanos, manteniendo uno bajo la custodia del padre siendo esta la mejor manera de contribuir a su adecuado

⁷⁹ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 46 a 48.

⁸⁰ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 46 a 48.

desarrollo, sin perjuicio del contacto del menor con su madre y su hermano y con respecto al otro menor, que ha de continuar bajo la custodia de la madre, sin perjuicio, al igual que con respecto al otro hijo, por alteración de las circunstancias, se pueda modificar las medidas adoptadas, desde luego siempre en beneficio y atención de los menores. Sostuvo el tribunal que “es recomendable la convivencia entre hermanos dado que favorece su desarrollo integral, sin embargo, en determinados supuestos, como el analizado, dadas las dificultades y obstáculos que representa el desarrollo del mayor de los hermanos se estima aconsejable esta separación, que puede permitir que, mediante esos contactos durante periodos de visitas, se fortalezca y mejore⁸¹.

Por tanto, cede este principio de no separar a los hermanos en circunstancias en que, valorando el resto de circunstancias que rodean la situación, derive en que para los menores, lo aconsejable es quedar cada uno bajo el cuidado de un progenitor.

Si bien, el mismo derecho que se establece entre padres e hijos de seguir viéndose y teniendo relación ha de ser mantenido de igual modo con los hermanos, no pudiendo convertirse una ruptura entre progenitores en una ruptura de la relación entre hermanos consecuentemente.

82

5.3.2. Oír a los menores.

Se configura en la actualidad como una posibilidad, y no como una obligación tal y como sucedía con la normativa de 1981, por ello actualmente, queda configurado como un derecho y no como una obligación para los menores, que podría derivar en situaciones en las que el interrogatorio a estos no sea lo más adecuado someténdolo a presiones y situaciones que deberían ser evitadas. Y es que no puede imponerse que a una cierta edad, marcada como los 12 años como estaba, todos los niños tengan una madurez suficiente como afrontar este tipo de situaciones.

Y es que lo que cuenten y expresen los menores es importante, por ello la audiencia debe practicarse en el lugar y ambiente idóneos para ello, donde el menor pueda expresarse con libertad y confianza. Así, nunca se realizará en el acto de la vista ni de la comparecencia,

⁸¹ SAP de Sevilla de 8 de mayo de 2007.

⁸² Artículo 160.2 del CC: No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

debiendo hacerse de manera separada y en un lugar en el que el menor se encuentre lo más relajado y confiado posible. Además, tan solo estarán presentes el Ministerio Fiscal y el Juez o Magistrado. Así queda reflejado también en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 770⁸³ de la misma que establece los requisitos y en las condiciones en que debe llevarse a cabo esta exploración⁸⁴

Para conocer la opinión del menor, no siempre es necesaria la entrevista de este directamente pues eso se encuentra estrechamente vinculado con el siguiente apartado en el que, de una exploración de los menores por profesionales se pueden derivar sus intenciones y preferencias.

Así en muchas ocasiones, lo manifestado por el menor no podrá ser tenido como el único criterio para decidir si lo aconsejable es la custodia compartida o no. Llamativa es la SAP de Islas Baleares de 2 de abril de 2008 en la que se dice “si analizamos las concretas circunstancias del caso, y en especial la exploración del menor, es fácil advenir que el motivo real de la elección por residencia con su padres es que éste le deja más libertad y que a diferencia de la madre no le pone problemas para mantener relaciones sexuales con su novia en el domicilio familiar”. Por motivos varios, es fácil ganarse a un menor si en comparación con el otro progenitor se le conceden los caprichos que este desea, lográndose así que en vistas a una declaración de este, opte por el progenitor más permisivo, pero en ocasiones no será esto lo más favorable para el menor, debiendo valorarse el resto de circunstancias.⁸⁵

Me ha parecido interesante nombrar STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2014, en la que señala una serie de circunstancias que han de concurrir para que el deseo del menor pueda ser atendido:

- a) Que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres
- b) Que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo.

⁸³ Art. 770 de la LEC establece “en las exploraciones de menores se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

⁸⁴ SARAVIA GONZÁLEZ A.M., cit. p. 212.

⁸⁵ SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 2 de abril de 2008

- c) Que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.⁸⁶

Al igual que lo establece el TS, a nivel internacional, en la Observación General n°14⁸⁷ señala que uno de los elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de evaluar el interés superior del menor es la opinión del niño. Por ello, con la especial consideración con la que se trata la opinión del menor sobre sus deseos para establecer o no la custodia compartida, ha de asegurarse que la opinión de estos no se trate del fruto de una manipulación de uno de sus padres⁸⁸.

5.3.3. Dictamen de especialistas.

Guardando especial vinculación con el apartado anterior, dice el artículo 92 en su apartado 9º se menciona la posibilidad de que se recabe el dictamen de especialistas debidamente cualificados.

Con ello, como hemos introducido, lo que se aislar la opinión del menor, con el objetivo de conformar el criterio del Juez para facilitarle su decisión.

La el TS en su Sentencia de 7 de abril de 2011 mantiene que la reforma de 2005 acordó que con la finalidad de la opinión del juez, debía figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero el juez no está vinculado por los informes de los profesionales⁸⁹.

5.3.4. Relación de los padres entre sí y de estos con los menores.

Parece que no sería justo que una mala relación entre los progenitores desechase la posibilidad de establecer la custodia compartida. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013, casó la sentencia de la AP que había denegado la custodia compartida debido a la “mala relación existente entre los padres”. Dice el TS que

⁸⁶ STSJ Cataluña (Sección 1ª) de 9 de enero de 2014 en su Fundamento de Derecho 5º.

⁸⁷ Aprobada por el comité de los derechos del niño de las NNUU sobre el derecho del niño.

⁸⁸ TORRES PEREA J.M., cit. p. 651

⁸⁹ STS de 7 de abril de 2011, sala 1ª.

no consta que la mala relación entre los cónyuges pueda afectar a los menores⁹⁰ recogiendo a su vez la doctrina de la TS que de aquí que las relaciones entre los cónyuges por si solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo estas se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, al interés del menor⁹¹.

Es decir, según los criterios seguidos por el Tribunal Supremo, la relación de los padres entre sí, tan solo será tenida en cuenta cuando afecte al interés superior del menor, ya que por sí sola no será determinante, ni para concederla por la buena relación de los padres, ni para descartarla por una mala relación entre los progenitores.

Si bien es cierto, que frecuentemente se ha afirmado que la custodia compartida exige un ánimo de colaboración, empatía y armonía que exigirían fuese acordada por los dos cónyuges; sin embargo, tales afirmaciones pecan de ingenuidad por no observar la realidad objeto de regulación en la que se encuadra: la crisis matrimonial. Y es que toda crisis matrimonial conlleva cierto grado de tensiones que es imposible evitar y a pesar de que nunca hay que olvidar el interés superior del menor como *prima facie*, e intentar mantener el máximo contacto del menor con sus dos progenitores, esto es algo que será incompatible con un nivel de tensiones extremo⁹².

Pero no es esta la única interpretación que se ha dado acerca de este facto como condicionante de la concesión o denegación de la custodia compartida. En el lado contrario de lo mencionado, la mala relación entre los progenitores ha sido determinante a la hora de dictar sentencia por algún tribunal. Los ejemplos en este sentido de resoluciones adoptadas por la jurisprudencia menor son numerosos:

- La SAP de Madrid 22ª de 21 de julio de 2009 estableció que no se acordase la custodia compartida porque los padres priorizan el mantener el conflicto e interponer continuamente denuncias entre ellos que en buscar una solución para que la situación educativa, sanitaria, relacional, emocional y psicológica de su hijo sea más favorable y positiva⁹³.

⁹⁰ STS de 17 de diciembre de 2013 (RJ 20 14,74),

⁹¹ STS de 7 de junio de 2013 (RJ 2013,3943), recurso 1128/2012.

⁹² TORRES PEREA J.M., cit. p. 646.

⁹³ SAP Madrid 22ª de 21 de julio de 2009

- Otra Sentencia de la AP de Vizcaya 2008 mantuvo que, la relación de los progenitores ha sido, y parece que es, muy conflictiva con total incomunicación, por lo que bajo el prisma del interés del menor no procede conceder la custodia compartida⁹⁴
- SAP de Asturias 2008 dijo sobre una situación de continuo enfrentamiento que no parece la más adecuada para el sistema que se pretende establecer de custodia compartida que precisa de una relación pacífica, serena y fluida entre los progenitores que permita que se sucedan los continuos turnos en la custodia sin alteraciones relevantes que perjudiquen la necesaria estabilidad del niño⁹⁵.

Pero a la hora de resolver esta situación, el Tribunal Supremo mantiene que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad⁹⁶. Por tanto, parece que no hay que dejar a un lado la relación que mantengan los progenitores, situación que va a influir sin duda en la buena marcha de la custodia compartida

Resulta evidente que no puede requerirse a los progenitores una perfecta relación de comunicación y buen trato cuando estos han pasado por una ruptura de una relación sentimental, medie o no matrimonio entre ellos; lo que sí que se exige es que ellos sean capaces de superar esta situación en pro del interés del menor, de una mínima comunicación o al menos respeto que procure la estabilidad del menor.

En este sentido, la Jurisprudencia mayor, establece que la tensa situación que concurre en los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia compartida como medida más favorable en interés de los menores.⁹⁷

⁹⁴ SAP Vizcaya 4ª de 31 de octubre de 2008.

⁹⁵ SAP de Asturias 4ª de 3 de julio de 2008.

⁹⁶ STS 1ª de 30 de octubre de 2014.

⁹⁷ STS 1ª de 16 de octubre de 2014.

Por tanto, en definitiva, esta relación personal entre los progenitores solo debe valorarse de forma negativa en la medida en que afecten a los menores las discusiones o situaciones de tensión o incomunicación entre ellos, sin que deban tenerse en cuenta cuando, a pesar de la mala relación de los progenitores entre sí, ambos estén suficientemente capacitados para desarrollar el cuidado de sus hijos.

Bajo mi punto de vista es lógico que esta situación se trate de esta manera y no en aplicación estricta de lo dispuesto en la norma, y es que sería muy peligrosa la situación de que se cerrase la puerta a una custodia compartida a causa de la mala relación entre los padres, ya que daría pie si uno de ellos no desea el establecimiento de este tipo de custodia, le bastase con crear una mala relación con el otro para que los tribunales procediesen a su denegación.

Respaldo mi opinión con lo dispuesto por la AP de Valladolid⁹⁸ que explica que la conflictividad solo puede servir de freno a la custodia compartida en caso de que sea extrema, sin que pueda desecharse este modelo frente a cualquier grado de conflictividad, pues bastaría con que cualquiera de los progenitores se encastillase en evitar cualquier relación o comunicación con el otro, para luego utilizar tal circunstancia como pretexto de oposición a la guarda conjunta.

En cuanto a la relación de los padres con los menores, este requisito será analizado en apartados siguientes dentro de la idoneidad de los progenitores para mantener un sistema de custodia compartida.

5.3.5. Informe del Ministerio Fiscal.

Hemos de distinguir aquí dos situaciones, la primera, en cuanto a la exigencia del informe en el apartado sexto del artículo 92, en el supuesto de que ambos progenitores lleguen a un acuerdo sobre el establecimiento de la custodia compartida y en el segundo, cuando se menciona en el apartado octavo del mismo, que cuando se solicite la custodia compartida por una sola de las partes, necesitará informe vinculante del Ministerio Fiscal.

a) Informe del Ministerio Fiscal en caso de acuerdo por las partes.

En este apartado, 6º, del artículo 92 del CC, no exige la norma que sea –el informe- favorable a la custodia compartida. De los estudios realizados de la norma, se entiende que este se

⁹⁸ SAP de Valladolid 1ª de 22 de diciembre de 2011 habla en este sentido.

encuentra completado con que sea la custodia compartida solicitada por ambos progenitores, no necesitando en este caso que el MF mantenga la idoneidad de tal decisión.

Y es que se supone que nos encontramos ante la situación normal en que debe transcurrir la custodia compartida es decir, cuando sea fruto del acuerdo de los progenitores, siendo el siguiente supuesto -donde no hay acuerdo entre estos- el excepcional y que debe suplirse esta falta de acuerdo con el informe favorable del MF.

b) **Cuando no existe acuerdo entre las partes.**

Requisito exigido en el apartado 8º del artículo 92, en el que se mantiene que cuando de forma excepcional, la custodia compartida tan solo sea solicitada por una de las partes, se exigirá informe favorable del MF.

Este requisito de “favorable” ha sido declarado inconstitucional en Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, ya que se entienden vulnerados los artículos 117.3, 24 y 39 de la Constitución Española, y lo hacen en tanto que de la CE se desprende que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se ejerce por los juzgados y tribunales y que tan solo los jueces son los jueces de esta potestad jurisdiccional situación que se encontraría limitada con el requisito del informe favorable del MF para la concesión de la custodia compartida ya que no será una decisión libremente adoptada por el Juez.

De tal modo, la sala estimó que la exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o militada, y que tal invasión se produciría por una decisión legislativa de que sea el MF quien estime la improcedencia que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando solo la solicite un progenitor.

El órgano basa su argumentación en dos razones: la primera es que el automatismo de la denegación de la guarda compartida a causa de un dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, es incompatible con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional conforme establece el art. 117.3 CE. La segunda es que no existe ninguna otra norma civil, estatal, autonómica, de derecho de familia o protectora de los intereses de los menores e incapaces que haya establecido el informe vinculante del Ministerio Público que limite el poder de decisión de los Jueces y Tribunales.

La cuestión que se suscitaba es que la decisión de implantar la custodia compartida, no se puede hacer depender de que el MF emita un informe favorable o no. Así se entiende que el único capaz de tomar esa decisión es el juzgador, que de una valoración conjunta de todas las circunstancias, incluido el informe emitido por el MF, tome una decisión

Se resuelve el asunto afirmando que carece de justificación exigir el informe favorable del Fiscal para que el juez pueda otorgar la custodia compartida en el caso de que no exista acuerdo entre los padres y, en cambio, no exigirlo cuando sí que estén de acuerdo en compartir la custodia. Considerando que la discrepancia entre las partes del proceso no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del MF. También se sostiene que, pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad en que ambos progenitores compartan tiempo con su hijo. Por ello se considera que este tratamiento desigual puede lesionar lo dispuestos en los arts. 14 y 39 de la CE.⁹⁹

5.4. Requisitos procesales.

En primer lugar hemos de tener en cuenta las especialidades que por la materia de que se trata, familia, se tienen en el ámbito procesal.¹⁰⁰ Además, la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.¹⁰¹

Vamos a plantearnos, tal y como lo hace el artículo 92 del Código Civil dos situaciones diferentes:

Primero, aquella en que la custodia compartida sea solicitada por ambos progenitores o surja del acuerdo de estos; segundo, el supuesto en que “excepcionalmente” no se dé ese acuerdo entre los progenitores y sea instado por una sola de las partes, y por último, no recogido en

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012.

¹⁰⁰ Se encuentra recogido en el título De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores de la LEC.

Una de las peculiaridades existentes en este tema es la “*Indisponibilidad del objeto del proceso*”; En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

¹⁰¹ Art. 751.1 de la LEC.

la normativa, que ocurre en aquellos supuestos en que no es solicitada por ninguna de las partes.

5.4.1. Solicitud o acuerdo de ambos progenitores.

Posibilidad contemplada como la “normal”-por contra a la que, tal y como menciona la norma “excepcionalmente” del apartado 8º- en el artículo 92, apartado 5º y establece dos tipos: que sea propuesta en el convenio regulador o que ambos lleguen a un acuerdo. Lo que tienen en común y por ello vamos a tratar como iguales, aunque en puridad no sean lo mismo, es que en este supuesto, hay acuerdo de los progenitores para establecer la custodia compartida¹⁰².

Es lógico que este supuesto sea el que menos problemas plantee, ya que partiendo de un consenso entre los progenitores en este punto, todo el proceso será más ligero. Claro ejemplo de ello, que visto el requisito del informe del MF, en este apartado, la norma no exige que este sea favorable.

Si bien es cierto que aparentemente se deja a los progenitores una total libertad de decisión sobre la concesión de la custodia compartida cuando son ellos quien de mutuo acuerdo solicitan la concesión de la custodia compartida, la otra cara de la moneda es que se vea sometido a una homologación judicial que el legislador ha rodeado de garantías extraordinarias como las que ya hemos mencionado¹⁰³.

Además, debemos mencionar que aquel convenio regulador que las partes proponen al juez no es vinculante para este, cabiendo así la posibilidad que incluso siendo ambos progenitores los que por acuerdo solicitan la custodia compartida, el juez tiene la facultad de denegar la misma si así se logra el interés superior del menor.

El juez, en orden a lo pedido por las partes, hará la valoración de las circunstancias que rodean al menor para conceder una solución, la que crea más conveniente para este y para su protección.

¹⁰² Si entramos a valorar las diferencias observaremos como existen dos vías para ello, ya que son casos distintos: la vía del artículo 777 de la LEC, mediante el procedimiento de mutuo acuerdo, y la del 770.5 de la LEC prevista para el contencioso reconvertido al mutuo acuerdo.

¹⁰³ PINTO ANDRADE, cit., p. 63

5.4.2. Solicitud por uno sólo de los progenitores.

Supuesto contemplado como excepcional, aquel en que la custodia compartida tan solo sea instada por una de las partes recogida en el apartado 8º del artículo 92 de CC.

A pesar de su denominación como excepcional, al contemplarla la norma, se abre la vía a esta posibilidad, pero a su vez viene a rodearse de una serie de garantías como son: el informe¹⁰⁴ del MF y la fundamentación de que tan solo así se protege adecuadamente el interés superior del menor

Parece lógico que se trate a esta como una medida excepcional pues como hemos visto, requiere esta de una cooperación entre los progenitores que, en busca de lo mejor para el menor, se adapten a la nueva situación pero tratando de mantener en todo lo posible la situación anterior.

Y es que la no contemplación de esta posibilidad derivaría en un claro perjuicio para el menor, que debiera pagar con el no disfrute de uno de sus progenitores la mala relación entre ellos o que uno de ellos no quiera establecer este tipo de custodia.

Por tanto, no parece tan excepcional cuando lo que se busca realmente es ese ISM, prescindiendo en cierto modo de lo que realmente quieran los progenitores.

5.4.3. Situación en que ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida.

Una vez dicho todo lo anterior, cabe preguntarse ¿cabe la posibilidad de imponer una custodia compartida sin que ninguno de los dos progenitores lo solicite?

De la lectura de la norma, se entiende que esta posibilidad no queda abierta. Además la Sala de lo Civil del TS ha anulado el régimen de custodia compartida de una menor concedido a su padre y su madre porque ninguno de los dos lo solicitó. El Supremo, recordaba en esta sentencia que la custodia compartida no es una medida excepcional, pero añade que para optar por dicho sistema se debe partir de la existencia de petición de parte¹⁰⁵.

La importancia que merece esta cuestión no es poca, puesto que la ley ha contemplado las dos situaciones vistas anteriormente pero no se ocupa de resolver la planteada ahora. Para dar una solución deberíamos remontarnos a la situación existente antes de la Ley 15/2005, donde, como hemos visto anteriormente, la práctica de los tribunales no se encontraba sujeta

¹⁰⁴ Que por STC de 17 de octubre de 2012 no necesita que sea favorable.

¹⁰⁵<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I9c4f7f30457311e6bece0100000000&srguid=i0ad82d9b000001643ce1c1a111bf6e72&src=withinResuts&spos=1&epos=1#>

Última fecha de consulta 12/06/2018.

a condiciones puesto que la norma no regulaba la custodia compartida. De esta forma, este tipo de custodia se concedía por los tribunales sobre la base del buscado interés superior del menor. Pero la aparición de la custodia compartida en la legislación lo hace rodeada de una serie de garantías que se han debido ir perfilando a lo largo de los años mediante pronunciamiento de los tribunales¹⁰⁶.

Por ello, parece imposible, de la forma en que ha quedado redactado en la ley, la posibilidad de que el tribunal pueda implantar un sistema de custodia compartida si no ha sido solicitado por ninguno de los progenitores. Y es que, tras la reforma del CC por la ley 15/2005 de 8 de julio, el artículo recoge expresamente la posibilidad de que el juez acuerde la custodia compartida, si bien dicha posibilidad queda muy limitada por los requisitos exigidos y queda relegada a un papel secundario frente a la custodia a favor de uno solo de los padres. De hecho, se afirma que dicha reforma ha sido demasiado cauta pues, con anterioridad a la misma, era posible que el juez pudiera acordar de oficio una custodia compartida, lo cual ahora, no sería posible¹⁰⁷.

Pese a lo dicho, dada la naturaleza de las cuestiones de familia, se otorga a los Tribunales una capacidad de decisión que permite la alteración de las peticiones formuladas en los escritos de las partes, siempre y cuando las circunstancias concurrentes y las situaciones e intereses en litigio así lo justifiquen por lo que ante ello no cabe la alegación de incongruencia¹⁰⁸.

A modo de verlo de López Ordinales¹⁰⁹, a pesar de que con la vigente reforma se pretenda, dejar en la trastienda y reservar la intervención judicial, no por ello cabe deducir que con el actual art. 92 del CC, el principio dispositivo rija con plenitud en esta materia, y todo ello porque, limitar la función del juez a la mera recepción de las peticiones de las partes estando en juego los intereses de los menores, sería como olvidar lo dispuesto en el art. 39 de la CE y en otras normas de protección del menor. Justificación más que de sobra para entender que en esta materia no debería el principio dispositivo desplegar toda su eficacia.

¹⁰⁶ Véase así la eliminación del inciso “favorable” respecto del informe del Ministerio Fiscal en el apartado 8º del artículo 92 que como he mencionado fue declarado inconstitucional

¹⁰⁷ TORRES PEREA J.M., cit. p. 631.

¹⁰⁸ SARAVIA GONZÁLEZ A.M., cit. p. 280.

¹⁰⁹ Fiscal de la AP de Badajoz. LÓPEZ ORDINALES J.J., “Custodia compartida. Cuestiones Procesales” en *estudios de derecho judicial 147-200. La jurisdicción de familia: especialización, ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Consejo General del Poder Judicial (Madrid), 2008, p. 281.

En segundo lugar, el principio de justicia rogada que inspira los procedimientos civiles se ve en buena parte modificado por el art. 216 de la LEC cuando dice “que los tribunales civiles decidirán los asuntos civiles en virtud de las aportaciones de hechos y pretensiones de las partes” para seguidamente decir “excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”. Los casos especiales a los que alude esta excepción hacen referencia a supuestos en los que el objeto litigioso afecte, entre otros, a los menores. Así el juez goza de amplias facultades materiales en orden a realizar las actuaciones pertinentes para la concreta averiguación de la verdad.

Por último dice que, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá valorar la relación que los padres tengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”. La ley está atribuyendo al Juez, tanto se trate de procesos consensuados por pacto entre los progenitores como procesos contenciosos, participación directa para determinar el régimen de custodia que sea más idóneo y menos perjudicial para el menor, aunque la iniciativa de la actuación jurisdiccional corresponda a las partes¹¹⁰.

Y es que resulta, en cierto modo incongruente, que siendo el principio rector de todo este sistema, el tan repetido Interés Superior del Menor, un hecho procesal como es que sea solicitada por los progenitores, impida que, si del resto de circunstancias se considera lo más beneficioso para el menor, no pueda el juez adoptar esa decisión.

No puedo dejar de mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001 la cual mantuvo que, en garantía de los cónyuges, los hijos o del interés familiar más necesitado de protección, la ley atribuye al juez que conozca de estos procesos potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes. Así consideró que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de Familia.

Pero no queda clara la postura de los tribunales en este sentido, redundando ello en una inseguridad jurídica que el Tribunal Supremo, en su renombrada sentencia de 29 de abril de 2013 dijo que en este procedimiento en que ninguno -de los progenitores- interesó que la guarda y custodia fuera compartida, salvo el Ministerio Fiscal, “de acuerdo con lo establecido

¹¹⁰LÓPEZ ORDINALES J.J., cit., p. 281.

en el art. 91 del CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código Civil para acordar la guarda y custodia compartida, debe concurrir esta petición”. Decisión de la cual se extrae la negativa a la respuesta planteada, considerando el Alto Tribunal necesaria la petición expresa como requisito para su implantación.

A mi parecer, la opción escogida no es la más conveniente. Quizá pueda ser demasiado temerario establecer un tipo de medida cuando las partes no lo han pedido, pero no debe concebirse el proceso de familia como otro cualquiera dentro del derecho civil, sino que opino que en este rige el interés superior del menor, un interés que va más allá de lo que los padres deseen. Por ello, no debemos quedarnos en esto, sino que si analizamos la solución propuesta de futuro por el Anteproyecto de Ley del Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, propone la posibilidad de que “no mediando acuerdo o cuando cada uno de ellos inste la custodia compartida para ambos o para sí” podrá el Juez acordar, en beneficio del menor, este tipo de custodia.

Esta propuesta no está exenta de críticas, así el Informe del Consejo General del Poder Judicial¹¹¹ mantiene que esta medida contradice la doctrina jurisprudencial imperante, estableciendo que este modelo exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso. A favor de este cambio de criterio seguido por el ALECP, el Informe del Consejo Fiscal dice que “Es acertado no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes, en un ámbito en que lo decisivo es el interés del menor y teniendo presente que quien pide lo más, ‘custodia individual’ puede llegar a entenderse que pide lo menos ‘custodia compartida’¹¹².

He de señalar, que a pesar de lo dicho, entiendo las dificultades que puede entrañar un sistema de custodia que no ha sido pedido por las partes, y menos cuando este requiere de una estrecha colaboración entre los progenitores, si bien, tampoco me parecería acertado, dejar cerrada la posibilidad a su instauración si el resto de circunstancias aconsejan su establecimiento, puesto, como he dicho anteriormente, basándome en la investigación sobre el asunto, en muchas ocasiones la lucha por la custodia de los hijos se hace desde un egoísmo por parte de los progenitores en busca de su beneficio personal y no por el bien de los menores.

¹¹¹ Emitido en 16 de septiembre de 2013.

¹¹² Folios 29 y 30 del Informe.

La posición de la AUDIENCIA PROVINCIAL de SEGOVIA en el asunto.

Me ha parecido apropiado ver cómo trata el tema la AP de Segovia, para ello, partiendo de una SAP de 2016, se extraen las conclusiones que se indican a continuación. El asunto parte de que se interpuso recurso de apelación por la representación de cada uno de los litigantes contra la sentencia dictada en instancia el 22 de enero de 2016, en la que se establecía el régimen de guarda compartida del hijo menor.

Cada uno de los recurrentes interesó para sí la custodia exclusiva del hijo menor, y la representación de la madre alega, además, y en primer lugar la inadecuada aplicación del art. 92 del CC e incongruencia extrapetitur de la sentencia recurrida. Sostiene que cuando ninguno de los progenitores ha solicitado la custodia compartida, la misma no puede ser acordada de acuerdo con lo establecido en el art. 92.8 del CC ya que tal y como se encuentra configurado el régimen de custodia compartida, de que la misma sea solicitada al menos por uno de los progenitores, lo que en el presente caso no se ha producido.

En el presente caso, cada uno de los progenitores solicitó la atribución en exclusiva de la guarda y custodia del hijo menor, por lo que ninguno de los progenitores interesó, siquiera de forma subsidiaria, la custodia compartida (...) en efecto, del tenor literal del art. 92.8 del CC no puede menos que concluirse que la posibilidad de acordar tal régimen solo puede darse a instancia de una de las partes, así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia cítese STS 29 de abril de 2013 manteniéndose que el CC, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podría acordarse.

Por tanto, si en este caso ninguno de los progenitores ha solicitado la custodia compartida, por más que el juez de instancia, el MF e incluso esta Sala pueda apreciar que la misma resulta más beneficiosa para el menor, es evidente que existe un obstáculo legal para establecerla¹¹³. Sigue así la Audiencia la jurisprudencia consolidada del TS en la materia, que consideran como requisito esencial para acordar judicialmente un régimen de custodia compartida la petición de al menos, uno de los cónyuges.

5.5. Otras circunstancias tenidas en cuenta por la jurisprudencia.

5.5.1. En relación a la idoneidad de los progenitores.

¹¹³ Sentencia de la AP de 12 de julio de 2016.

Englobando en este apartado, diferentes situaciones que se valoran por parte de los tribunales a la hora de tomar la decisión. Se tienen en cuenta aspectos de los padres (en relación con los menores) para determinar si este régimen, en atención a hechos pasados o la idoneidad de los progenitores de ser capaz de cuidar a los menores, derivan en que sea el mejor para ellos.

Así se tienen en cuenta aspectos como:

- **La relación anterior de los progenitores y los hijos y dedicación anterior del progenitor a los menores.**

Lo cierto es que, en la práctica judicial resulta habitual que el factor determinante para resolver sobre la custodia de los hijos menores sea el criterio de la continuidad o del mantenimiento del *statu quo*, valorándose la dedicación anterior a la ruptura de los progenitores con relación a los hijos. Como ya sabemos, el objetivo principal de la custodia compartida es el mantenimiento de las costumbres familiares anteriores, manteniendo, en la medida de lo posible, el ambiente del menor¹¹⁴.

Esto se traduce en que, aun cuando ambos progenitores presenten igual grado de aptitud y capacidad para el cuidado de los hijos, el progenitor quien antes de la ruptura se hubiera constituido como el cuidador principal o preferentemente se haya ocupado del cuidado, le sea atribuida la custodia entendiéndose que presenta mayor idoneidad para el cuidado.

En muchas ocasiones, el progenitor que ha estado menos implicado ni siquiera solicita el proceso de una custodia compartida, pues no ha venido ejerciendo esa tarea conjunta durante la duración de la relación, no quiere hacerlo ahora o considera que no tiene posibilidades frente al otro progenitor. Si por el contrario, antes de la ruptura ambos progenitores se implicaban de un modo equivalente en el cuidado de los menores, siendo ambos igual de idóneos, tras la ruptura lo ideal es seguir haciéndolo.

¹¹⁴ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 240.

Así, apunta la Doctrina que, como condición fundamental para el establecimiento de la custodia compartida, la existencia previa de una situación de paridad¹¹⁵ entre los cónyuges a nivel de dedicación al cuidado de sus hijos¹¹⁶

Queda claro la situación en que antes de que se produjese la ruptura de la vida en pareja, si ambos progenitores se dedicaban en cierto grado de igualdad al cuidado y atención de los menores es una situación que favorece al establecimiento posterior de la custodia compartida, pero no queda claro que ocurre cuando este cuidado no era ni mucho menos similar, ¿qué ocurre si el progenitor poco implicado solicita la custodia compartida? Si bien parece que carece de seguridad jurídica, la respuesta a esta pregunta no es de ningún modo clara o cerrada, las posturas en cuanto a esta situación son diversas.

De un lado encontramos quien opina que no se encontraría “legitimado” para solicitar la custodia compartida, ya que no se ha encargado anteriormente de sus hijos. Y es que para quienes defienden el que el criterio de continuidad debe ser decisivo y prevalente¹¹⁷ parece realmente extraño que se pretenda cambiar el rol después de la separación y que se invoque una igual que nunca existió. Ven como que no hay nada más injusto que ampararse en la avocación de la igualdad cuando las situaciones de partida no son iguales y hubo grandes desigualdades en el cuidado de los menores durante el tiempo anterior.

En consonancia con esta opinión encontramos decisiones de Audiencias Provinciales que fallan en este sentido. Así la SAP Murcia 4ª de 18 de julio de 2013 exigía que ambos progenitores hayan compartido las obligaciones y cuidados de los menores contante matrimonio; en la misma línea, la SAP León 1ª de 27 de septiembre de 2013, otorgó la custodia a la madre descartando la custodia compartida, con el argumento de que el hecho de que el padre lleve al niño al colegio o médico o le haya comprado ropa no son datos

¹¹⁵ Paridad no es igualdad exactamente en el tiempo o momentos dedicados a los menores, sino un alto grado de compromiso con los menores en las actividades y decisiones respecto de los menores por parte de ambos progenitores. SAP Murcia 5ª de 26 de junio de 2012. Es decir, no es necesario un reparto de 50 % - 50% con total precisión y exactitud.

¹¹⁶ http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf Última fecha de consulta 23/05/2018.

¹¹⁷ SANSEGUNDO MANUEL, T, citado en PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”. Revista Misión Jurídica, núm. 9, 2005, p. 167.

reveladores de que se ocupe de la atención diaria de las necesidades del menor, atención que ha venido estando a cargo de la madre. Así, quien apuesta por esta creencia lo hace en base a que el beneficio del menor es que ha de procurarle una atención similar a la que recibía antes de la separación para que esta le afecte lo menos posible.

Frente a esta opinión, encontramos de otro lado los que piensan de modo contrario, surgen así diversas crítica tanto a nivel jurídico como psicológico las discrepancias en cuanto al modo de ver las situaciones no son homogéneas.

La crítica principal es que ha de superarse la situación de pensamiento anticuado en que era, generalmente y en la mayoría de los casos, la mujer la más idónea para el cuidado de los menores pues era quien siempre se había encargado de serlo. Hay que romper con esa visión y apostar por una igualdad real. Si es cierto que ambos progenitores quieren, pueden o por encima de esto, lo mejor y más favorecedor para sus hijos es el establecimiento de una custodia compartida, debe ser así como se establezca.

Es contradictorio tratar de implantar un sistema que apuesta por la corresponsabilidad parental de los menores tras la ruptura de la pareja y que se valore la situación anterior, cerrando las puertas a aquellos que han dejado en manos del otro progenitor el cuidado más intenso de los pequeños. Si bien, todo ha de valorarse, puesto que podría tener una incidencia negativa en los menores, por ello esta circunstancia ha de ser puesta siempre en ponderación con el interés superior del menor.

En este sentido SAP Barcelona 18ª de 23 de enero de 2014, expresa que si bien se debe partir del modelo de custodia preexistente en la familia al tiempo de la ruptura, ello no ha de impedir, si el beneficio del menor lo requiere, adoptar judicialmente otra modalidad de custodia distinta, como se ha señalado por la misma sala de forma reiterada y entre otras en sentencias el sustrato o denominador común de todos los criterio o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que, para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea esta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la incoación del procedimiento¹¹⁸.

¹¹⁸ SAP Barcelona 18ª de 23 de enero de 2014

Tal y como dice Ricardo Miguel Águeda, y opinión que comparto no puede incluirse, en el listado de criterios esta pata, pues esta práctica pasada podría llegar a ser una auténtica condena de futuro¹¹⁹.

- **Cumplimiento del régimen de visitas anterior si lo hubiese.**

Un incumplimiento del régimen de visitas anterior, si hubiere existido, ha sido en la práctica judicial de nuestro país uno de los factores tenidos en cuenta a la hora de decidir si es conveniente el establecimiento de la custodia compartida¹²⁰.

Carece de sentido, que si se ha venido incumpliendo de manera reiterada las visitas a los hijos por parte del progenitor no custodio, vaya a hacerse cargo efectivamente de los menores una vez concedida la custodia compartida, sistema que implica una mayor involucración de los padres en el cuidado de los hijos.

Distintos tribunales se han pronunciado en este sentido, a la par que se han tenido en cuenta circunstancias como el grado de cumplimiento del pago de alimentos, cuyo incumplimiento reiterado ha dado lugar a la denegación de la custodia compartida¹²¹.

- **Similitud de sistemas educativos.**

Una de las circunstancias estrechamente relacionadas con la relación de los progenitores es la similitud de modelos educativos seguidos por los progenitores.

Las divergencias en los modelos educativos pueden no llegar a ser, por sí mismas, determinantes para excluir la custodia compartida, siempre que, tal y como dice la SAP Murcia 5ª de 26 de junio de 2012 “que ambos tengan capacidad para mantener los roles del otro progenitor frente al hijo pese los problemas de comunicación que puedan tener entre ellos”. En consecuencia, siempre que esta circunstancia no desestabilice la situación del menor o que los propios progenitores sepan mantener una comunicación o diálogo tendente a compartir ciertos aspectos de la educación de los menores, no habrá por qué, a menos que el resto de circunstancias lo aconsejen, dejar de establecer la custodia compartida¹²².

¹¹⁹ TORRES PEREA J.M., cit. p. 241.

¹²⁰ PINTO ANDRADE, C, cit. p. 616.

¹²¹ SAP Baleares 4ª de 6 de abril de 2011.

¹²² PINTO ANDRADE, C, cit. p. 157.

- **Posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar.**

En relación con esta exigencia, parece obvio que se exija a los progenitores que sean capaces de conciliar la vida laboral con el cuidado de los menores puesto que este régimen exige una gran implicación por su parte, y carece de sentido que se conceda y posteriormente sean los progenitores quienes no puedan atender al cuidado de los hijos por motivos laborales. La AP de Murcia en 2012, dijo que si dicha relación no se va a dar con la intensidad adecuada por las obligaciones laborales de estos, resulta evidente que no se trata de la opción más adecuada. Por ellos se desaconseja la guarda compartida cuando sea esta incompatible con la profesión de los progenitores¹²³.

Por tanto, esta situación va a incidir en la forma de apreciar la idoneidad de los progenitores para mantener la custodia compartida.

5.5.2. Proximidad entre los domicilios.

Este hecho es uno de los que mayor debate social ha provocado. Así no son pocos los comentarios encontrados en relación con la proximidad de los progenitores como condición indispensable para el establecimiento de la custodia compartida. El debate sobre la opción por la custodia compartida está a la orden del día recibiendo críticas en muchos sentidos pero si bien sobre el que más, a lo largo del estudio del tema se han encontrado son acerca de la proximidad de los domicilios de los progenitores. La pregunta que se hace a continuación no podría ser otra que ¿es posible el establecimiento de la custodia compartida cuando no son cercanos los domicilios de los progenitores? Pero esta deriva en muchas otras, como ¿qué entendemos por lejano?

Encontramos sentencias que muestran un claro rechazo a la adopción de la custodia compartida cuando el menor es quien ha de desplazarse de un domicilio a otro y estos no son cercanos, puesto que podría suponer un desarraigo del menor de cualquier punto de estabilidad.

Pero el Tribunal Supremo se ha pronunciado en este tema manteniendo que lo importante no es la distancia física y material ente los domicilios de los progenitores sino que se ha de valorar judicialmente si dicha circunstancia garantiza o no, y de qué manera, la estabilidad y

¹²³ SAP de Murcia (Sección 4ª) de 26 de junio de 2012

el interés superior del menor. En la Sentencia dictada en 2010¹²⁴ se mantuvo en la siguiente posición: se entiende que la “deslocalización” de los niños alegada por la AP no debe ser un motivo en sí mismo para negar el establecimiento de la custodia compartida. Se rechaza el criterio de la “deslocalización” de los niños para no aplicar la custodia compartida, pues se entiende que los cambios de domicilio son una consecuencia inherente a este tipo de guarda. Por demás, se insiste en que no cabe un rechazo en abstracto y que debe explicarse como la distancia entre los domicilios perjudica, concretamente el ISM en el caso, debiendo ser adecuadamente motivada la decisión por el juzgador¹²⁵.

Es decir, de nuevo volvemos a ver como es el ISM por encima de la distancia de los domicilios de los padres lo que motiva al establecimiento o la denegación de conceder este tipo de custodia, pues tiene mayor relevancia que si para el menor es lo mejor, se mantenga en contacto con sus progenitores que la distancia real existente entre los domicilios aunque esto a priori pueda resultar de compleja implantación.

5.5.3. La edad del menor.

El recurso por la preocupación por la edad del menor, ha sido, como hemos podido ver a la hora de analizar los orígenes históricos, fuente de desigualdades entre el hombre y la mujer durante mucho tiempo¹²⁶.

Superada esta concepción e idea de que el menor con quien mejor está es con la madre, no son pocos los apoyos, tanto legislativos con la desaparición de esta imposibilidad de que el padre fuese el custodio de los menores, como psicológicamente tampoco son pocos los

¹²⁴ STS 1ª de 11 de marzo de 2010 (reiterada en las SSTS 1ª de 7 y 21 de julio de 2011)

¹²⁵ PINTO ANDRADE, C, cit. p. 163.

¹²⁶ Como ya mencionamos anteriormente la “*tender years doctrine*” consideraba la función de la madre como irremplazable en los primeros años de vida de los menores. Reflejo de esto, la legislación española, como también hemos señalado en el trabajo, ni siquiera abría la posibilidad a otra posibilidad que no fuese la custodia exclusiva de la madre de los menores de 3 o 7 años dependiendo de la época a la que nos remontemos.

estudios que demuestran que el contacto con ambos progenitores en niños de corta edad es igual de necesario que cuando estos cumplen ciertas edades¹²⁷.

Y es que si bien la edad de los menores, no ha de ser requisito para la concesión o denegación de la custodia compartida, sí que debe ser un requisito tenido en cuenta a la hora de valorar qué tipo es el más adecuado dependiendo de los años que estos tengan¹²⁸.

Es significativa y sirve para ver la puesta en práctica de lo dicho anteriormente la SAP de Pontevedra 3ª de 19 de junio de 2013 cuando se decantó por la custodia compartida aun cuando el menor era un lactante extrayéndose de la misma las siguientes conclusiones:

- La edad del niño, como se deriva de los informes psicosociales, no es impedimento para el establecimiento de la misma.
- Es demostrada la capacitación de ambos padres para mantener la custodia del menor, atendiendo a las residencias, entornos familiares... y todo ello sin olvidar que es lo mejor para el niño para el niño, su afectividad y desarrollo, no se entiende una problemática real por la lactancia o la escolarización del niño.

Por tanto, la edad del menor, siendo este aún muy pequeño, no se traduce en un inconveniente para la implantación de este modelo¹²⁹.

Por tanto, el factor edad resultará fundamental respecto de la frecuencia y la extensión de los periodos de alternancia de las estancias: cuanto menor sea el niño más amplia debe ser la frecuencia de contacto con el progenitor no custodio. En definitiva, en estos casos, lo relevante para establecer la custodia compartida no debiera ser simplemente la edad del menor sino la adopción de una adecuada alternancia temporal, teniendo en cuenta, precisamente, esa edad, todo ello sin dejar de valorar otros factores, o circunstancias fácticas,

¹²⁷ FARIÑA, F., SEIJO, D., RACE, R., VAZQUEZ M.J., cit. p. 109

¹²⁸ Así, en la actualidad, la decisión judicial no debe ser determinante la importancia del factor de la edad para la adopción o no de la custodia compartida, sino que dicho factor debe ser teniendo en cuenta únicamente para la elección del sistema de alternancia de la custodia compartida más adecuado para el menor: así a menor edad, menor duración en la alternancia de los progenitores en el tiempo y a mayor edad, mayor debe ser este tiempo de alternancia.

¹²⁹ SAP de Pontevedra 3ª de 19 de junio de 2013.

que puedan aconsejar (práctica o dedicación anterior a la separación...) o desaconsejar (graves desavenencias entre progenitores)¹³⁰.

Datos globales de la muestra de 111 casos contenciosos del período 2007-2013 de los Juzgados de Familia, 15, 16, 17, 18, 19, 45 y 51 de la ciudad de Barcelona

El Tribunal razona la existencia de acuerdo entre las partes	Con acuerdo	12,76%
	Sin acuerdo	82,40%
El tribunal razona visitas intersemanales con el progenitor no custodio	Sí	89,40%
	No	05,8%
	Acuerda suspensión	04,80%
El Tribunal razón la pensión de alimentos	Sí	81,60%
	No procede	04,60%
	Acuerda la disminución	03,90%
El Tribunal razón el acuerdo entre las partes sobre los gastos extraordinarios	Sí	58,60%
	No procede	41,40%
El Tribunal razona el cambio de residencia de una de las partes	Sí	16,70%
	No procede	83,30%
El Tribunal razona la división de la cosa en común (vivienda)	Sí	13,30%
	No procede	86,70%
El Tribunal razona el mantenimiento de la atribución del uso de la vivienda a la madre	A la madre	74,50%
	Al padre	16,30%
	Compartida	05,10%
	Venta del bien	02,00%
El Tribunal valora el entendimiento entre las partes	Bueno	21,10%
	Malo	78,90%
El Tribunal valora el entendimiento entre padre e hijos	Bueno si	76,90%
	Malo	23,10%
El Tribunal valora el entendimiento entre madre e hijos	Bueno	83,60%
	Malo	16,40%
El Tribunal atribuye la Guarda y Custodia	A la madre	69,10%
	Al padre	12,70%
	Compartida	14,50%
	Retirada	03,65%
El Tribunal atribuye el régimen de contactos con el progenitor no custodio	Amplio	51,60%
	Estándar	24,20%
	Con restricciones	24,20%

Para tener una pequeña visión, ya que solo se muestran datos de Barcelona, de todo lo mantenido en este apartado, se deja un cuadro en el que se muestra en números cómo se han tenido en cuenta las circunstancias arriba mencionadas¹³¹.

¹³⁰ PINTO ANDRADE, C, cit. p. 171.

¹³¹ <https://search-proquest-com.ponton.uva.es/docview/1728283073?accountid=14778>
Última visita 26/05/2018.

5.6. Circunstancias que excluyen la custodia compartida.

Estudiando sobre el asunto, se ha querido en este apartado averiguar cómo afecta la violencia en el ámbito familiar y concretamente como influye sobre la concesión o no de la custodia compartida. En este sentido, además de analizar además la normativa que lo regula, la jurisprudencia al respecto y las líneas que se han seguido en la interpretación se muestran las líneas a futuro sobre este tema se encuentran recogidas en el Anteproyecto, ALECP, el cual también se mencionan en este apartado.

Lo primero que nos debemos preguntar es ¿por qué se protege al menor frente este tipo de delitos? Tal y como dice la EM de la Ley Orgánica 8/2015 a exposición de los menores a la violencia familiar afecta sobre el menor en el seno familiar “en primer lugar, condicionado su bienestar y desarrollo. Causándoles serios problemas de salud. Convirtiéndolos en instrumentos para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas”¹³².

Por tanto, se considera al menor como una víctima de la violencia de género, consecuencia de ello, es un sujeto más al que hay que prestar protección aunque realmente los delitos no hayan sido ejercidos directamente sobre su persona.

En cuanto a la **regulación actual sobre el asunto**, en el concreto tema que nos atañe, es decir cómo se protege a los menores desde el sistema de la custodia compartida, debemos hacer referencia al art. 92.7 del CC el cual recoge que no procederá la guarda conjunta en supuestos de que cualquiera de los padres se encuentre incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge, como a los hijos que convivan con ambos. Tampoco cuando el juez advierta indicios fundados de violencia doméstica¹³³.

Es decir, partiendo de la normativa de protección al menor, el CC establece una serie de prohibiciones referentes a la posibilidad de conceder la custodia compartida, cuando alguno de los progenitores haya efectuado las acciones que se mencionan anteriormente. Consecuencia lógica en orden a la protección de estos en el sentido de que la custodia

¹³² Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

¹³³ Artículo 92.7 del CC.

compartida lo que hace es favorecer el acercamiento y mantenimiento de la situación que había antes de la crisis de pareja tanto entre los progenitores como entre estos y el menor.

Esta protección se concede, según el citado artículo, tanto cuando atentado sea contra el propio menor como si se ejercita contra el otro progenitor porque, como dice la Exposición de Motivos de la LOMPIVG¹³⁴ “la situación de violencia sobre la mujer afecta también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia” extendiéndose esta protección tanto si se trata de violencia hacia la mujer como si se da en sentido contrario de la mujer hacia el hombre.

Ante estas premisas, se han dado numerosos pronunciamientos, tanto de los tribunales como de expertos en la materia en cuanto a la interpretación de lo dispuesto en el Código Civil.

Existen tres corrientes jurisprudenciales en este sentido.

- 1- Aquellos tribunales que consideran que la violencia debe ser una circunstancia determinante de la exclusión de la custodia compartida automática.
- 2- Otra vertiente que considera que lo más apropiado es valorar esta circunstancia junto con el resto.
- 3- Y una vertiente más laxa que no considera la violencia como circunstancia determinante de la exclusión del régimen de custodia compartida ab initio¹³⁵.

¹³⁴ Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género «BOE» núm. 313, de 29/12/2004. “Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.”

¹³⁵ PINTO ANDRADE, cit., p. 152 a 156.

La **jurisprudencia mayoritaria** ha interpretado el artículo 92.7 del CC en su literalidad, aplicando de forma automática dicha prohibición sin realizar el órgano jurisdiccional ninguna ponderación o valoración del caso concreto a enjuiciar¹³⁶.

Destacando así la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2017 que en este sentido manifiesta que para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

A la vista de esta doctrina, debemos declarar que la condena al esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia”.

En este mismo sentido, anteriormente el TS ya se había manifestado con conclusiones en Sentencia de 4 de febrero de 2016 sobre el tema derivan en que una “cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus hijos.”

Y es que es lógica esta conclusión extraída por el Tribunal Supremo en cuanto que es imposible la armonía entre lo que busca la custodia compartida que es ese acercamiento de los progenitores en orden a mantener lo menos alterada posible la situación del menor tras la ruptura de sus progenitores, con las medidas en orden a la protección de las víctimas por los delitos que enumera el artículo 92 del CC en su apartado 7º.

Pero si bien es cierto, frente a la postura mayoritaria de automaticidad o exclusión de la guarda compartida cuando concurren indicios fundados de violencia o progenitor incurso en proceso penal, existen **otras corrientes jurisprudenciales** que no siguen la literalidad del precepto como acabamos de ver. La fundamentación para ello se encuentra en que debe analizarse la prevalencia jerárquica del interés del menor y de la posible existencia de un

¹³⁶ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 309.

peligro concreto y real para su salud, tanto física como psíquica o moral o la concurrencia de graves circunstancias que puedan condicionar la suspensión de derechos como el de guarda o estancias¹³⁷.

En apoyo de esta interpretación, en la que se considera que no puede excluirse *ab initio* la exclusión de la guarda compartida por tales circunstancias, Soledad Ruiz de la Cuesta Fernández, mantiene que “la aplicación de automática del art. 92.7 del CC ayuda a consagrar las peores consecuencias del sistema jurídico concebido para la protección de las víctimas de situaciones de violencia intrafamiliar”¹³⁸.

Y apoya su fundamentación en que, el juez a la hora de tomar la decisión sobre la modalidad de custodia cuenta con información suficiente para valorar las circunstancias concretas de cada caso y privarle de la posibilidad de tomar una concreta decisión sería impedir que lleve a cabo una auténtica fundamentación de su decisión cuando el resto de las pruebas son favorables a la modalidad de guarda conjunta¹³⁹.

La **vertiente jurisprudencial más laxa** a la hora de contemplar la violencia dentro del ámbito familiar, se apoya en que no se ha de establecer la custodia compartida como un reconocimiento a los progenitores ni se ha de denegar como sanción a los mismos, sino que forma parte del derecho de los propios hijos menores a crecer y desarrollar su personalidad recibiendo los cuidados y atenciones de sus dos progenitores, tal y como dicen palabras del Tribunal Supremo.

Así, en una Sentencia del JVM en Denia, se trató el caso en que el padre, había sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, estimando el Tribunal que, de las pruebas practicadas, “no se ha acreditado que exista un riesgo objetivo para el menor ni para la actora que aconseje la exclusión de la atribución compartida del régimen de convivencia” y es según esta misma sentencia “no basta con que un progenitor esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica o de género para que se le prive de la posibilidad de obtener un régimen individual o compartido de convivencia con sus hijos, sino que es

¹³⁷ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 311.

¹³⁸ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. “La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar”. Práctica de Tribunales, núm. 100, 2013, p. 100 a 112.

¹³⁹ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. “la atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar”. Práctica de Tribunales, núm. 100, 2013, P. 100 a 112.

necesario además, que su conducta penalmente relevante comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor¹⁴⁰».

Por tanto, existen, a grandes rasgos, dos corrientes enfrentadas, las cuales cuentan con apoyos de peso que fundamentan sus consideraciones, pero si bien es cierto he de decir que hay una corriente con la que me siento identificada, y es la de la imposibilidad de conceder la custodia compartida en aquellos casos en que uno de los progenitores se encuentre incurso en proceso penal por atentar contra los derechos manifestados o cuando el juez advierta indicios fundados de violencia doméstica.

Y es que considero inconciliable que en esa situación de violencia la solución que se tome sea la de custodia compartida:

- No haciéndolo como un castigo frente al progenitor que provocó tal situación, sino en orden siempre de proteger el interés superior del menor, y evitar que el mismo siga soportando esas actuaciones de uno de sus progenitores frente a él o siendo sujeto pasivo de las mismas cuando la violencia haya sido ejercida frente al otro progenitor.

Considero que el mayor beneficio para un menor será evitar que presencie ese tipo de situaciones que van a afectarle de manera especial.

- Tampoco considero que hayan siquiera de tenerse en cuenta el resto de circunstancias, pues entiendo que en una situación de violencia intrafamiliar, el resto de factores desaconsejarán que se opte por la custodia compartida.

Pese a lo dicho, es cierto que cualquier generalización supone fuente de injusticias en casos concretos. Considero que si bien en la mayoría de los casos esta situación derivará ya no solo automáticamente, sino tras la vista del resto de circunstancias en que se deniegue este tipo de custodia, puede dejarse una vía de excepcionalidad en la que el juez, atendiendo a la escasa gravedad del delito o que el mismo se trata de un caso aislado pudiera en ese caso y si el beneficio del menor derivado del resto circunstancias lo aconsejan, establecerse la custodia compartida.

Y, es que una, cosa es que se mantenga el derecho de los menores de ver y mantener la relación con ambos progenitores siempre que ello no suponga un peligro para el mismo, pero situación distinta es que, habida cuenta de la situación entre ellos, en lugar de evitar esas

¹⁴⁰ Sentencia de SJVM num.1 de Denia de 13 de diciembre de 2012,

situaciones de contacto donde inevitablemente existirá tensión, se aumenten por la imposición de un modelo de custodia que lo que hace en cierto modo obligar a los padres a la toma de decisiones de forma conjunta y que requiere un acercamiento entre ellos.

Por ello considero, aun aceptando la idea de que el juez pueda entrar a valorar el resto de circunstancias en conjunto de estas se vaya a derivar que la mejor solución sea la de optar por la guarda y custodia compartida.

Por tanto, encontramos diferentes opiniones sobre la materia, que sobre la base de la búsqueda del interés superior del menor consideran que lo más beneficioso para estos son cosas distintas. Si seguimos la de Ricardo Miguel mantiene que cada niño es un menor concreto y su concreto interés el centro del análisis judicial, siendo preciso realizar una labor de ponderación y valoración por el órgano jurisdiccional sobre la incidencia de unos hechos concretos sobre un determinado menor, la cual solo puede ser valorada por técnicos competentes que deben auxiliar al juez¹⁴¹.

Visto el pronunciamiento del TS se deriva de él la lógica incompatibilidad, al menos en este caso concreto, de que habida cuenta de la situación que se mantiene entre los progenitores la mejor solución sea la instauración de un régimen de custodia compartida, que lejos de lograr la estabilidad del menor, lo que hará es someterle la continua exposición de situaciones de conflictividad entre sus progenitores, convirtiéndolo en víctima directa de tal situación.

Por tanto, nos encontramos ante una situación que carece de armonía entre los autores aunque de la redacción literal de la ley y vistos los pronunciamientos del TS, se extrae la idea de que nos encontramos ante un hecho que derivará en la no concesión de la custodia compartida.

Si bien no está demás ver qué camino van a seguir los cambios en este tema, así el artículo 92 bis del ALECP, en caso de nulidad, separación y divorcio aumenta sustancialmente el precepto donde se regula este asunto y viene a diferenciar dos situaciones procesales distintas, con soluciones diferenciadas para cada uno:

DIFERENTES TRATAMIENTOS POR EL ART. 92 BIS.

Supuesto de progenitor condenado penalmente por sentencia firme

¹⁴¹ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 321.

Señala el art. 92 que cuando el progenitor haya sido condenado penalmente por sentencia firme no se concederá ni la guarda y custodia individual ni la compartida. Es más, se excluye expresamente la posibilidad de mantenimiento de los derechos de relación, estancia y comunicación con el menor.

Se hace automáticamente, sin valorar la entidad o tipo penal, si quiera la duración de la pena o como ha funcionado la relación paterno-filial previamente a la condena.

Excepcionalmente, es decir, en contra de la regla general y necesitando por tanto una motivación extra para ello, podrá el juez establecer, si lo considera conveniente, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

Por tanto, queda cerrada la posibilidad legalmente de que se atribuya la guarda y custodia a un progenitor que esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica, de género, si bien el sobreseimiento libre por tal proceso penal, será causa de revisión del régimen de guarda y custodia compartida a petición de parte.

Todo esto se excluye temporalmente hasta el cumplimiento de la pena o extinción de la responsabilidad criminal. Una vez cumplida esta, el juez, previa petición de parte, podrá revisar y valorar conforme al interés superior del menor si procede conceder la guarda y custodia, individual o compartida o un régimen de estancia, relación y o comunicación¹⁴².

Supuesto de progenitor incurso en un proceso penal.

En este supuesto, pese que la regla general mantiene que no se atribuirá la custodia compartida cuando progenitor esté incurso en proceso penal por delitos de violencia doméstica, de género o cualquiera de los atentados mencionados, si recayese sentencia absolutoria o sobreseimiento libre firme, el concreto proceso será causa de revisión, previa petición de parte.

Siendo en este sentido más laxa la normativa, que no incluye la pérdida del derecho de estancias, relación y comunicación con el menor¹⁴³.

¹⁴² ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 332 a 339.

¹⁴³ Ha de mencionarse, que el 61,2% de las sentencias penales en el ámbito de violencia de género fueron condenatorias, por lo que no en todos los supuestos de denuncias de este tipo se acaba por contrastar la verdadera existencia de un delito (según datos del CGPJ). ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 342.

Vistas estas dos posibilidades, sigue diciendo el artículo que cuando fuesen ambos progenitores los que estén incurso en un procedimiento de los anteriormente mencionados¹⁴⁴ en interés de los hijos puede ser otorgada, a alguno de los progenitores.

Siempre que ocurra esto, es decir, se establezca la guarda y custodia en atención a este último supuesto o simplemente se concrete un régimen de estancia, comunicación y relación, se adoptarán las medidas y cautelas necesarias para garantizar la seguridad realizando seguimientos periódicos de la situación familiar¹⁴⁵.

Por tanto, el futuro en este asunto parece que sigue las líneas de lo que considera la vertiente jurisprudencial mayoritaria en el asunto, apuntando por la automática negación de posibilidad de acordar la custodia compartida, e incluso la exclusiva en los casos mencionados. Por tanto, la evolución en la materia parece que no va a dejar una puerta abierta al juzgador para que valore cada caso concreto aunque sí que se abren por vía de excepciones posibilidades de mantenimiento ciertos derechos, como el de visitas o revisión de las decisiones cuando se derive del proceso penal una sentencia absolutoria.

Para Ricardo Miguel el texto propuesto da un mensaje claro de no otorgamiento de la guarda como castigo frente a la violencia doméstica y de género independientemente de que el menor sea víctima directa o indirecta de los hechos, de la situación que sufra, del conocimiento o conciencia del hecho y de su realidad concreta¹⁴⁶.

No le parece correcta la exclusión *ab initio* de la custodia compartida porque entiende que con ello se dejan fuera supuestos en los que atendiendo a la gravedad de los hechos y al interés del menor, así como su derecho a mantener la relación con ambos progenitores.

¹⁴⁴ Recordar que la guarda y custodia puede ser atribuida a familiares de los menores o a allegados que, por sus relaciones, el Juez considere más idóneos o en defecto de que todas posibilidades no sirvan al juzgador, a las entidades públicas que tengan asignadas las funciones de protección de menores.

¹⁴⁵ Art. 92 Bis del ALECP.

¹⁴⁶ ÁGUEDA MIGUEL, cit., p. 325.

A pesar de ello, los apoyos en este sentido no son pocos, y parece que no puede establecerse lo contrario, más cuando todos los esfuerzos para dar protección frente a este tipo de delitos van en esa misma dirección a la del ALECP

Sin ir más lejos, la LOMPIVG, amplía el abanico de sujetos afectados por la violencia física y psicológica a los miembros del núcleo familiar contemplándose obviamente entre ellos a los menores que conviven en el núcleo familiar.

Pero en el mismo sentido que Ricardo Miguel, el Informe del Consejo Fiscal al ALECP, mantiene que debieran distinguirse dos supuestos: cuando el menor es sujeto pasivo de los malos tratos y cuando el menor no es propiamente sujeto pasivo. En este segundo caso, aunque no debe haber duda que si las circunstancias también lo aconsejan deben poder suprimirse los contactos, esta posibilidad debe estar prevista sin automatismos ni generalizaciones¹⁴⁷.

Además de criticarse esta situación, se da una solución a ella: han de valorarse dos realidades, por un lado, que el hecho delictivo (sentencia firme), o presuntamente delictivo; y por otro, los derechos prevalentes del menor, habrán de valorarse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, individualizando convenientemente las medidas.

Entre otras pautas a tener en cuenta como la edad del menor, habrá de ser valorada la posición en la que ha sufrido el menor, lo que ha de ponerse en relación con el comportamiento del progenitor respecto al menor y el riesgo para este, pero nunca tomarse una decisión de forma automática.

Por ello, tanto la opinión de Águeda como el Informe del Consejo Fiscal al ALECP mantienen que debe dejarse al juzgador un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto le reconoce.

¹⁴⁷ Folio 36 y ss. del Informe del Consejo Fiscal al ALECP

CAPÍTULO III: SOBRE LA EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVA PERSONAL.

6. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN CUANDO SE CONCEDE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Mientras que la custodia compartida ha sido pensada por muchos como la solución universal a los problemas derivados de la situación en que quedaba una familia y sobre todo los menores tras la crisis de los progenitores, lo cierto es que este modelo no queda exento de problemática en cuanto a la aplicación del mismo.

Hemos visto a lo largo del trabajo de este modelo también se derivan inconvenientes que han de ser atendidos por el juzgador y en los que, como se verá en el siguiente punto del trabajo han de ser objeto de cambio para ajustarse de un modo más eficiente a la realidad.

Así en este apartado, vamos a ver cómo se pueden solventar las situaciones derivadas de qué hacer con la vivienda familiar, como establecer el régimen de visitas, si es necesario establecer una pensión de alimentos y los problemas derivados de la inseguridad jurídica imperante en este ámbito del derecho de familia, que si bien se establece como un sistema abierto, imperado por el principio del interés superior del menor que tiende a adaptarse a las necesidades de cada familia, crea a su vez una cierta incertidumbre a la hora de cuál será la decisión acordada por los tribunales una vez expuesto el caso concreto.

6.1. Uso de la vivienda.

Según establece el art. 96.1. Del CC que no fue reformado por la ley “en caso de que no haya acuerdo entre los progenitores, el juez debe atribuir el domicilio a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, por lo que, en el caso que nos ocupa de custodia compartida, el domicilio familiar debería otorgarse en puridad a los hijos y serían los padres los que tendrían que mover su domicilio en función de la alternancia en la convivencia¹⁴⁸.

Esta solución, tan sencilla en principio al ser leída, tan solo da respuesta a dos situaciones: cuando existe acuerdo entre las partes, y cuando se decide la custodia compartida tipo nido,

¹⁴⁸ PINTO ANDRADE, cit., p. 85.

dónde los menores permanecen en el domicilio conyugal y son los progenitores los que rotan.¹⁴⁹

Pero, ¿qué ocurre cuando hay discrepancias entre los progenitores? Conocemos que no es habitual que tras la ruptura de la pareja estos establezcan de común acuerdo una solución que beneficie a los dos con respecto a qué hacer con la vivienda familiar. Dicho esto, y como ya hemos visto, la solución que aboga por que sean los menores los que permanezcan en el domicilio familiar, puede suponer la creación de la situación de que se pase de una vivienda familiar, a tener que mantener tres, no siempre accesible económicamente por todas las familias españolas.

Entonces, debemos buscar otras soluciones que coloquen en posición de equilibrio a los progenitores, si bien la solución propuesta por el artículo 96 no es la más adecuada.

Así compartiendo opinión con los magistrados Luis Campo Izquierdo y Juan Pablo González Pozo¹⁵⁰, la custodia compartida tiene su talón de Aquiles en la solución adoptada por el Código Civil respecto del uso de la vivienda familiar. Solución rígida que deriva en la situación de que los progenitores no soliciten este tipo de custodia por que la custodia exclusiva se vincula automáticamente a la obtención de la vivienda por el progenitor custodio.

Es decir, tal y como se encuentra configurada la redacción del asunto, la custodia exclusiva concede la vivienda al progenitor con quien queden los hijos, no interesando económicamente a los progenitores la solicitud de la custodia compartida por riesgo a que esta no les sea atribuida¹⁵¹.

¹⁴⁹ “El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso”. STS 24 octubre de 2014.

¹⁵⁰ de las conclusiones extraídas en el encuentro entre magistrados, jueces y abogados de familia celebrado en Madrid los días 5,6 y 7 de octubre de 2015.

¹⁵¹<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10865-la-custodia-compartida-tiene-su-talon-de-aquiles-en-la-regulacion-de-la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar/>) última visita 26 de mayo de 2018.

No se encuentra por tanto una solución en cuanto a la atribución de la custodia compartida en el momento en que no haya acuerdo entre los progenitores más que sea atribuido a los menores y en consecuencia al progenitor con quien convivan.

La Ley 15/2005 no ha incluido ninguna regla con el fin de atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar. Por tanto se deberá analizar y valorar todos los datos que se hayan podido conocer teniendo en cuenta especialmente: la capacidad económica de cada uno de los progenitores y las posibilidades de cada uno de contar con una vivienda distinta a la familiar, pero de características similares y en un lugar próximo¹⁵². Pero para conocer la práctica de los tribunales y como resuelven en este tipo de situaciones, vemos como resuelve el caso la Sentencia de Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014, donde se planteaba el caso de una custodia compartida en la que la vivienda familiar era un bien privativo del padre, si bien la madre era la que ocupaba la posición económica menos favorecida y más necesitada de protección.

Así esta sentencia establece que, el artículo 96 del CC expresa como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores¹⁵³:

- En primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres.
- En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

¹⁵² LÓPEZ ORDINALES J.J., cit., p. 296.

¹⁵³ En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

En este caso, se concede la custodia compartida, si bien la vivienda familiar, siendo un bien privativo del padre, su uso se otorga a la madre aunque imponiendo una limitación temporal de dos años a fin de que la situación económica de la mujer se recupere.

Por tanto, a la hora de atender al interés más necesitado de protección, se busca el beneficio y estabilidad del menor, procurando la adaptación de este a la nueva situación de una forma que no sea demasiado brusca y que permita que este se encuentre lo más protegido posible¹⁵⁴. Pero a su vez, se alude con esta denominación ‘interés más necesitado de protección’ a los progenitores. De tal modo, a la hora de valorar quien puede hacer uso de la vivienda familiar se tendrá en cuenta ese interés más digno de protección, entiendo este, el de aquel progenitor que quede en una peor situación económica, si bien, limitándose temporalmente, es decir, imponiéndose esta medida por un tiempo, en atención a que esa persona recupere su situación.

6.2. Pensión de alimentos.

No se encuentran problemas dignos de estudio en este trabajo con respecto a aquellos supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo en los que se establece un convenio regulador por las partes que trate esta cuestión, a la par que muchas otras.

Los problemas se derivan de aquellos procedimientos contenciosos en los que el acuerdo entre los progenitores no ha sido posible, y no basta con la mera aprobación por el juez de lo establecido por estas, sino que deberá determinar el juez, en consonancia con lo dispuesto en el art. 93 del CC “la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos”.

Al tratarse la custodia compartida de una situación en la que se equiparan (con cierto margen ya dijimos que no se trata de una distribución por mitades exactas del tiempo con cada uno de los progenitores) las responsabilidades de que cada progenitor para con los menores, parece que el reparto en cuanto a las cargas económicas debe hacerse del mismo modo.

¹⁵⁴ STS 658/2015 de 17 de noviembre de 2015: “a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”.

Bonito queda decir esto en la teoría, si bien, cuando esta situación se plasma en la práctica, no son pocos los desencuentros que se plantean en orden a crear situaciones en que ambos progenitores mantengan una igualdad en la contribución y las necesidades de los menores queden satisfechamente cubiertas.

Y, es que, como a la hora de regular el asunto del uso de la vivienda, llama la atención que la Ley 15/2005 no ha entrado a pronunciarse sobre estos aspectos, no modificando el Código Civil en este sentido, dejando vigente lo establecido con la normativa anterior, donde no se recogía la posibilidad de la custodia compartida.

La solución puede pasar por que cada progenitor se haga cargo de la alimentación de los hijos en el periodo en que ejerza su custodia, sin imponer al otro una contribución para estos gastos. Solución que parece acertada cuando se disfruta de una custodia compartida por tiempos equiparables, pero esto plantea a su vez dos problemas:

¿Qué ocurre con el resto de gastos? ¿Qué ocurre cuando los periodos de alternancia en la custodia quedan lejos de un reparto del tiempo 50-50? Las soluciones pueden encajarse de numerosas maneras, siguiendo la propuesta por Cristóbal Pinto Andrade, los gastos pueden atenderse y distribuirse de numerosas formas:

- En cada periodo, cada progenitor corre con los gastos ordinarios o extraordinarios correspondientes.
- En cada periodo, el progenitor custodio hace frente a los gastos ordinarios, mientras que a los extraordinarios les hacen frente los dos, en proporción a los ingresos de cada uno o por mitad¹⁵⁵.
- Fijando una cantidad global para atender gastos ordinarios y extraordinarios, siendo los de mera alimentación afrontados por cada uno en cada periodo¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Sentencia 616/2014, de 18 de noviembre de 2014: «Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo de los litigantes por periodos semanales durante los cuales cada progenitor, con ingresos propios, atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo, debiendo hacer frente por mitad a los gastos escolares ordinarios, así como a los de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, siendo los gastos extraordinarios por mitad».

¹⁵⁶ PINTO ANDRADE, cit., p. 87

Con respecto a la **primera forma** de reparto, esta fuente de solución puede derivar en situaciones de conflicto entre los progenitores. Siempre habrá un progenitor que por su carácter conceda más caprichos a los menores pudiendo crear un conflicto cuando el otro progenitor, en su puesto de custodio, decida no hacer frente a gastos de esa entidad.

Además puede que en un periodo, los gastos sean mucho más elevados que en otro, por ejemplo, si nos encontramos con un progenitor custodio durante el mes de septiembre de inicio de curso escolar, nada tiene que ver con los gastos que deberá asumir este en comparación a los del mes siguiente.

Bajo mi punto de vista, no es esta la mejor solución ya que además, se separa de la esencia de la custodia compartida, de compartir por los progenitores los hechos que afecten a los menores.

En cuanto a la **segunda propuesta de reparto**, en mi opinión este sistema mejora con creces lo dispuesto en el anterior, ya que entiendo que los gastos ordinarios es lógico que se hagan frente por cada uno cuando se supone que el tiempo que pasen bajo la custodia de uno y otro va a ser semejante y el hecho de que a los gastos extraordinarios deban hacer frente los dos, supone cuanto menos el consenso entre los progenitores de si ha de asumirse ese gasto y como va a hacerse frente, promoviendo la cooperación en la toma de decisiones entre ellos.

Con la **última fórmula**, se evitan discusiones sobre el carácter de ordinario o extraordinario de los gastos, y sobre todo, es más respetuosa con el criterio de proporcionalidad que rige en materia de alimentos y que es exigible con independencia de la naturaleza del gasto.

Si bien algo que debe quedar claro, y que ha sido manifestado por Tribunal Supremo expresamente que la guarda y custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges¹⁵⁷. Por tanto, las soluciones en este sentido serán variadas, atendiendo a las necesidades del caso concreto, si bien siendo posible por la situación económica de los cónyuges el reparto se efectuará de la forma más igualitaria para ambos, pero en el momento en que la situación de uno de ellos no pueda hacer frente a los gastos, este reparto se llevará a cabo de manera proporcional a las posibilidades de cada uno.

¹⁵⁷ Sentencia TS 55/2016, de 11 de febrero de 2016.

Bajo mi punto de vista quedan así analizados los dos mayores problemas que se plantean a la hora de optar por la custodia compartida, y los que más se tienen en cuenta a la hora de solicitar o dejar de hacerlo por los progenitores. Lamentablemente, estos no atienden a hechos como ¿qué será lo mejor para el menor? ¿Esta decisión va a desestabilizarlo? ¿Estaré haciendo lo mejor para el bienestar de mis hijos? Sino que estas atienden a motivos económicos. Por ello, muchas veces la estrategia procesal de solicitar la custodia compartida o no pasa por analizar las consecuencias que se van a derivar de una u otra solución como poder perder la vivienda familiar si no se me concede la custodia compartida o perder una pensión de alimentos a cargo del otro progenitor como ya hemos mencionado a lo largo del trabajo.

Las conclusiones mencionadas no responden, obviamente, a todos los casos pero sí, investigando sobre el tema, son los “problemas” más frecuentes que tratan los autores y sobre los que más jurisprudencia se encuentra. Y por eso llama la atención que la Ley 15/2005 no se haya pronunciado acerca de estos temas. Y es que la jurisprudencia anterior a 2005 concedía custodias que hoy en día encajarían perfectamente con el concepto de custodia compartida y sobre todo en base a pronunciamientos respecto de estos temas en cuestión de: uso de la vivienda familiar y derecho de alimentos unido, inevitablemente al asunto de régimen de visita.

Otro de los problemas encontrados a la hora de analizar el asunto, es la constante inseguridad a que se tiende en este concreto asunto, plagado de incertidumbres y pocas concreciones legales en el que, ante una situación similar de ruptura de pareja se derivan millones de circunstancias diferentes y que, atendiendo siempre al interés del menor, serán tenidas en cuenta unas circunstancias con más fuerza que otras dependiendo del lugar o tribunal ante el que nos encontremos.

Cabe por tanto plantearse en el siguiente apartado.

6.3. ¿Es el derecho de familia una materia dada a la interpretación?

Tal y como hemos podido observar a lo largo del trabajo, el derecho de familia y en concreto el tema que nos ocupa, no cuenta con una solución generalizada por parte de los tribunales. Los criterios aunque parecen claros en la teoría, manifestándose tanto la ley como los tribunales sobre las circunstancias a tener en cuenta para reconocer la idoneidad del establecimiento de un sistema de custodia compartida o no, en la práctica no dejan de

sorprender los cambios de criterios o de ponderaciones de unos intereses sobre otros tenidos en cuenta por los tribunales a la hora de tomar sus decisiones.

El problema de la tardía, y bajo opinión de muchos insuficiente regulación sobre el sistema de custodia compartida se añade a de la amplia discrecionalidad de los jueces a la hora de tomar decisiones que pueden llevar a una inseguridad jurídica ya que, siguiendo de nuevo las conclusiones sacadas¹⁵⁸ los magistrados Ángel Luis Campo Izquierdo y Juan Pablo González del Pozo.

Estos mantienen que las distintas soluciones judiciales para supuestos idénticos no es infrecuente debido a la incompleta regulación legal de las cuestiones litigiosas y a la práctica imposibilidad de que algunas de ellas lleguen, por vía casacional, a conocimiento del Tribunal Supremo, evitando así el deseable efecto unificador de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

Mantienen idéntica postura en que esas diferentes interpretaciones vienen motivadas fundamentalmente, entiendo, por una deficiente técnica legislativa. En muchas ocasiones la redacción de la ley es muy laxa y abierta, y no recoge los criterios jurisprudenciales que contemplan y se ajustan más a los problemas reales del día a día. Cada juzgado es un mundo, tanto a nivel procesal como a nivel sustantivo. De ahí que sea necesario que en todas las Audiencias Provinciales exista una sección especializada en familia.

Por otro lado, se debería regular un mecanismo para que el propio juez se pudiese dirigir al TS a fin de obtener esa unificación de criterio, en cuestiones donde existen disparidades claras entre dos o más juzgados de un mismo partido judicial, e incluso entre diferentes secciones de la mismas Audiencia¹⁵⁹.

Dicho esto, pasamos a dar entrada al siguiente epígrafe de este trabajo en el que se atienden a las necesidades en materia de custodia compartida, por entenderse que la regulación actual carece de enormes deficiencias que deben ser tratadas por el legislador a fin de dar soluciones ante la inseguridad jurídica provocada por la flexibilidad concurrente en el asunto.

¹⁵⁸ del Encuentro Magistrados, Jueces y Abogados De Familia celebrado los días 5, 6 y 7 de octubre de 2015, en Madrid.

¹⁵⁹ (<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10865-la-custodia-compartida-tiene-su-talon-de-aquiles-en-la-regulacion-de-la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar/>)

Última visita: 15/06/2018

7. LAS LINEAS DE FUTURO.

Una vez vistas la situación actual en que se encuentra la custodia compartida en España, parece apropiado y necesario, si bien como se ha hecho a lo largo del trabajo, ver las líneas de futuro que se van a seguir en el tema. Este tipo de custodia, novedosa cuanto menos, ya que pese a que las comunidades autónomas y los tribunales, como hemos visto, han ido un paso por delante, la regulación del tema data de 2005, y la misma es, bajo opinión de muchos autores y la que comparto, en cierto modo deficiente al ser tan generalizada,

Como referencia tenemos el Anteproyecto de Ley del Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, el cual no ha visto aun luz verde pero que nos da pistas sobre cómo va a legislarse en un futuro cercano sobre la materia.

Muchas de estos cambios atienden a demandas sociales de los progenitores, grandes impulsores que se ven afectados por el tema y que demandan cambios en la forma de regularlo. ¿Pero cuál es esa necesidad de una ley completa sobre la custodia compartida?

Desigualdades entre comunidades Autónomas.

En primer lugar, hacemos referencia una clara desigualdad de trato sobre el tema dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos. Parece necesario que se termine con una desigualdad de trato entre ciudadanos de unas y otras comunidades.

Y es que, por mucho de que de la lectura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo parezca derivarse que este debe ser el modelo normal a implantar, son muchos los tribunales que se muestran aun reticentes a su práctica habitual.

En conexión con esto encontramos la siguiente circunstancia que hace llevar a pensar que es necesario introducir cambios en la legislación del asunto.

Inseguridad jurídica.

Y es que con una ambigüedad de tipo que existe en la normativa, queda abierta la posibilidad a que dependiendo del juzgador que analice la situación se pueda derivar una u otra solución, todas ellas amparadas en la norma.

No pueden negarse las beneficiosas consecuencias que la doctrina jurisprudencial del TS sobre la custodia compartida está produciendo, pues ha unificado la doctrina discrepante de las Audiencias sobre el particular y está generando seguridad jurídica [algo que era necesario y que la legislación de 2005 no fue capaz de conceder] entre los justiciables que han de

encomendar sus disputas sobre custodia de los hijos menores, a los tribunales. Sin embargo, esa doctrina jurisprudencial sobre si la custodia compartida debe ser o no el sistema preferente generan cierta inseguridad jurídica. Por ello sería muy conveniente que, para despejarlas, y aportar seguridad, se produjera una reforma legal que regulara cumplidamente y con precisión técnica la custodia compartida¹⁶⁰.

¿Debería imponerse la custodia compartida cómo sistema preferente frente a la monoparental?

Ya solo nos cabe, plantearnos, si la custodia compartida debería en futuro ser considerada como el sistema preferente frente a la custodia exclusiva, que ha venido imperando y que, si vemos las estadísticas, sigue siendo la mayoritaria.

De la lectura del nuevo artículo 92 bis propuesto por el ALECP¹⁶¹, extraemos que no se impone la preferencia por ninguno de los dos modelos de custodia, ambos se prevén en la legislación como opción que determinará el juez atendiendo al interés de los hijos.

Si bien, una de las grandes novedades introducidas, ya comentadas en otro apartado de este trabajo [el referido a los requisitos procesales relativo a la solicitud de los progenitores] se abre la posibilidad de que se establezca la custodia compartida a pesar de que no se acuerde esto por los progenitores o que ninguno de ellos la solicite.

De este modo, el Juez se verá obligado a hacer constar de forma expresa en la resolución los hechos y circunstancias concurrentes en el caso, las razones y motivos que le aconsejan, en interés del menor, la adopción de un tipo u otro de custodia¹⁶². Todo ello, afectará, según se decida, a la carga probatoria y a la argumentación que deba darse en el proceso.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, cit. p. 3.

¹⁶¹ “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.”

¹⁶² GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, cit. p. 3.

8. CONCLUSIONES.

Este ha sido todo el análisis del tema, el cual sería interminable si analizásemos todos los concretos supuestos y problemas que se plantean en atención a la custodia compartida, ya que, como hemos repetido a lo largo de este, cada supuesto es diferente del anterior, cada familia posee unas circunstancias personales, económicas distintas y por tanto, no cabe una solución universal que favorezca a todos.

Por ello, pese a lo dicho, no puede determinarse, o no es mi modo de pensar que la custodia compartida sea la solución universal a todos los casos, sino que habrá con detenimiento, que plantearse en todos los procesos, los hechos que rodean el caso para lograr la mejor solución que favorezca el mejor desarrollo del menor. Si bien, considero que es la mejor solución en un plano general, una solución que venía siendo demandada por la sociedad en conjunto, una solución que finaliza con las desigualdades impuestas entre hombre y mujeres en el ámbito de la custodia, y sobre todo una solución acertada para el bienestar del menor, el cual, necesita de una extremada protección ante la ruptura de la relación de sus progenitores.

Así, paso a paso, y desde el pequeño ámbito de la custodia compartida, se van combatiendo situaciones que deben ser mejoradas en España, ya que si bien se ha analizado en este trabajo la custodia compartida, se han tratado de modo transversal otras situaciones. Y es que creo que nos merecemos un sistema que proteja la situación de todos los miembros de una familia cuando esta pasa por una crisis, tanto los intereses económicos, no debiendo quedar ninguno de ellos en una clara desigualdad como un sistema que promueva la corresponsabilidad entre los progenitores y que haga que estos cooperen, a pesar de la ruptura, de un modo más estrecho para atender al cuidado de sus hijos, damos un paso a la tan buscada igualdad que reclama la sociedad.

Y no solo una igualdad pedida por las mujeres, sino, y sobre todo en este ámbito de familia, se da respuesta a aquellos padres que, tras años de lucha, mayoritariamente a través de asociaciones, han buscado la eliminación de una automática concesión a las mujeres de la custodia de los menores tras la ruptura de la pareja.

Poco se ha hablado, pero merece una gran importancia decirlo, que ahora las familias están constituidas por dos progenitores del mismo sexo o del mismo que no estén ligadas por vínculo matrimonial. Esa libertad que se ha concedido viene necesitada de una regulación que proteja a los hijos fruto de esas relaciones de igual manera que a los nacidos en un matrimonio. Como hemos mencionado, se hace un tratamiento idéntico de protección a los

hijos matrimoniales como a los extramatrimoniales, como, sin duda, no podría ser de otro modo.

Por último, tiene este tema una estrecha vinculación con la violencia de género, lacra social que debería ser erradicada por completo en el mundo entero y que toda ayuda es poca para finalizar con ello. Por este motivo, he querido en este trabajo dar importancia al apartado de circunstancias que impiden la custodia compartida, siendo el de la violencia el único ahí dentro contemplado. Pues todo tiene una solución, así veíamos como la opinión del menor o la dedicación pasada a la familia, no pueden por si solos, ser factores determinantes automática exclusión de la custodia compartida, pero, por el contrario, es difícil conciliar una situación de violencia con este tipo de custodia y por supuesto debe protegerse tanto a las mujeres que sean víctimas directas como a los hijos para el mejor desarrollo de estos.

Así, paso a paso, y también desde el ámbito de la custodia, deben establecerse los mecanismos necesarios para acabar con estas situaciones que dejan lesiones físicas y psicológicas de por vida a las víctimas de esta violencia. Tema que no debe, bajo mi punto de vista, de algún modo abierto a la interpretación, sino que necesitamos una normativa de protección que haga que se ponga fin a la violencia. Unido sin duda a la educación de todos, desde pequeños, de unos valores que lleven a que en el futuro todos rechacemos las situaciones que lamentablemente se viven con demasiada frecuencia en la realidad.

Bajo mi punto de vista, la custodia compartida, necesita muchos impulsos, que si bien se necesita por los organismos públicos, también por dar a conocer lo que realmente conlleva este tipo de custodia. Y es que muchas veces nos hacemos ideas equivocadas porque nos han contado que la custodia compartida permitiría ver menos a su hijo ya que este debe pasar el 50% del tiempo con mi expareja y prefiero solicitar la custodia exclusiva. A día de hoy, el mundo no sabe realmente qué es la custodia compartida, ya que si conociesen realmente lo que busca el mismo, estoy segura buena parte miraría con buenos ojos su práctica y sobre todo si se atiende al tan buscado Interés Superior del Menor que persigue la misma. Siendo este –el ISM- el fin último que debiera imperar el todo proceso, legislación y sobre todo actuación cuando están involucrados los menores.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS Y REVISTAS.

- ÁGUEDA MIGUEL, R.M. (2018). *La Guarda Compartida y El Interés Superior del Menor. Supuestos de Exclusión*. Sevilla: Hispalex.
- AZNAR DOMINGO, A., FERNÁNDEZ UCELAY, D. (2018). “La evolución histórica de las formas de extinción del vínculo matrimonial” en *Revista de Jurisprudencia Lefebvre el Derecho*. núm. 1, p 4.
- BECERRIL, D., VENEGAS, M. (2017), “Algunos mitos de la custodia compartida” en *La Custodia Compartida en España*. Madrid: Dykinson. pp. 97-102.
- DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2013). “La Atribución de la Custodia Compartida en Supuestos de Violencia Intrafamiliar” en *Práctica de Tribunales*, núm. 100, pp. 100 a 112.
- FARIÑA, F., SEIJO, D., RACE, R., VAZQUEZ, M.J. (2017). “Custodia Compartida, Corresponsabilidad Parental y Justicia Terapéutica como Nuevo Paradigma” en *Revista Anuario De Psicología Jurídica*, núm. 27, pp. 107,108 y 109.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2016). “Necesidad de una Completa Regulación de dos Cuestiones Transcendentales en la Futura Ley estatal de Custodia Compartida” en *Derecho de Familia*, núm. 11, pp.3.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2005). “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en *Comentarios a la Reforma de la Separación y Divorcio. Ley 15/2005 de 8 de julio*. Valladolid: Lex Nova. pp.128, 133, 136, 155 y173.
- MARÍN, M., DUJO, V., HORCAJO, P. J. (2017). “Estudio Comparativo de las Decisiones de los Magistrados del Tribunal Supremo Español y los Resultados de Estudios Empíricos Sobre las Implicaciones Psicológicas en Menores en Situación de Guarda y Custodia Compartida” en *Revista Anuario De Psicología Jurídica*. núm. 27, pp. 124.
- MORÁN GONZÁLEZ, I. (2009). “Custodia compartida y protección de menores” en *Cuadernos de Derecho Judicial*. núm. 2, pp.71.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. et al. (2015). “El Matrimonio” en *Practicum familia*. Pamplona: Aranzadi. pp.50.

- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida”. *Boletín de Derecho de Familia*. núm. 110, pp.5 y 6.
- PINTO ANDRADE C. (2009). *La Custodia Compartida*. Barcelona: Bosch.
- PINTO ANDRADE, C. (2005). “La Custodia Compartida en la Práctica Judicial Española: Los Criterios y Factores para su Atribución” en *Misión Jurídica*. núm. 9, pp. 153 a 173.
- SARAVIA GONZÁLEZ, A.M. (2008). “Guarda y custodia compartida, principales novedades de la Ley 15/2005” en *Estudios de Derecho Judicial 147-2007. La Jurisdicción de Familia: Especialización, Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. pp.199, 212 y280.
- TORRES PEREA, J.M et al. (2015). “La Custodia Compartida” en *Practicum familia*. Pamplona: Aranzadi. pp.631, 641, 646, 648, 649 y 651.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2007). *Derecho de Familia y Persona: Efectos y Medidas Comunes a la Separación, Divorcio y Nulidad*. Barcelona: Bosch.

RECURSOS ELECTRÓNICOS.

- http://www.ine.es/CDINEbase/consultar.do?mes=&operacion=Estad%EDstica+de+nulidades%2C+separaciones+y+divorcios&id_oper=Ir Fecha última consulta 25/06/2018.
- http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2015/files/assets/basic-html/page-14.html# Fecha última consulta: 27/06/2018.
- https://porticolegal.eleconomista.es/pa_articulo.php?ref=306 Fecha última consulta 30/05/2018.
- <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I9c4f7f30457311e6bece01000000000&srguid=i0ad82d9b000001643ce1c1a111bf6e72&src=withinResuts&spos=1&epos=1#> Fecha última consulta 12/06/2018 .
- http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf Fecha última consulta 23/05/2018.
- <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> Fecha última consulta 15/05/2018.

- <http://ala.org.es/custodia-compartida-situacion-actual-y-anteproyecto-de-ley/> fecha última consulta 03/05/2018.
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12072-iquest;cuando-la-distancia-entre-la-residencia-de-los-progenitores-es-un-impedimento-para-la-custodia-compartida-y-cuando-no-el-criterio-del-ts/> Fecha última consulta 20/05/2018.
- <https://search-proques.com.ponton.uva.es/docview/1728283073?accountid=14778> Fecha última consulta 26/05/2018.
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10865-la-custodia-compartida-tiene-su-talon-de-aquiles-en-la-regulacion-de-la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar/>) Fecha última consulta 26/05/2018.

JURISPRUDENCIA

- STS de 19 de octubre de 1983.
- STS de 8 de octubre de 2008.
- STS de 11 de marzo de 2010.
- STS de 7 de abril de 2011
- STS de 29 de abril de 2013 (257/2013)
- STS 17 de diciembre de 2013
- STS de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2014,74)
- STS de 7 de junio de 2013 (RJ 2013,3943)
- STS 1ª de 16 de octubre de 2014
- STS de 14 de octubre de 2014
- STS 1ª de 30 de octubre de 2014
- STS de 18 de noviembre de 2014 (616/2014)
- STS de 17 de noviembre de 2015. (658/2015)
- STS 4 de febrero de 2016
- STS de 11 de febrero de 2016 (55/2016)
- STS de 20 de marzo de 2016 (194/2016)
- STS 15 de junio de 2016
- TS en sentencia de 4 de febrero de 2016
- STS de 17 de enero de 2017

- STS de 6 de abril de 2018 (194/2018)

- STC de 15 de enero de 2001, Sala 2º (4/2001)
- STC 17 de octubre de 2012.

- SAP Baleares de 19 de abril de 1999
- SAP Valencia de 22 abril de 1999
- SAP Granada de 3 octubre de 2001
- SAP Madrid de 25 octubre de 2002
- SAP Oviedo de 2 de abril de 2003
- SAP Castellón de 10 de abril de 2003
- SAP Toledo 2 de febrero de 2005
- SAP Barcelona 9 de marzo de 2007
- SAP Córdoba de 10 de marzo de 2005
- SAP Barcelona 20 de febrero de 2007
- SAP Barcelona 16 de marzo de 2007
- SAP de Sevilla 8 de mayo de 2007
- SAP de Zaragoza 5 de junio de 2007
- SAP Barcelona 16 de octubre de 2007
- SAP Islas Baleares 2 de abril de 2008
- SAP de Asturias 3 de julio de 2008
- SAP Vizcaya 31 de octubre de 2008
- SAP Madrid 21 de julio de 2009
- SJPI nº7 de Sevilla 28 de enero 2011 nº 547/2011
- SAP Baleares 6 de abril de 2011
- SAP de Valladolid 22 de diciembre de 2011
- SAP de Murcia 26 de junio de 2012
- SJVM núm.1 de Denia de 13 de diciembre de 2012
- SAP Murcia 26 de junio de 2012
- SAP Álava 7 de junio de 2013
- SAP de Pontevedra 19 de junio de 2013
- SAP Murcia 18 de julio de 2013

- SAP León 27 de septiembre de 2013
- TSJ Cataluña (sección 1ª) 9 de enero de 2014
- SAP Barcelona 23 de enero de 2014
- SAP de Madrid 11 de febrero de 2014
- SAP Segovia 12 de julio de 2016

FIN.

GRACIAS.