



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La custodia compartida

Presentado por:

Mireia Pardiñas Franco

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 28 de junio de 2021

RESUMEN.

El presente trabajo estudia la nueva regulación que acontece a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil, con respecto a la guarda y custodia, regularizando expresamente por primera vez la custodia compartida, tratando tanto los requisitos legales como los presupuestos materiales necesarios para la viabilidad de este modelo de custodia. Debido a la escasa regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, los tribunales han sentado jurisprudencia, y aplicarán dicho modelo en aquellos supuestos en los que se proteja el interés superior del menor, que es el elemento esencial a valorar tras las rupturas matrimoniales.

ABSTRACT.

The present paper studies the new regulation that has come about since the 15/2005 Act, July 8th, amending the Civil Code, with regard to custody and guardianship, expressly regulating shared custody for the first time, dealing with both the legal requirements and the material assumptions necessary for the viability of this model of custody. Due to the scant regulation of this matter in our legal system, the courts have established case law, and will apply this model in those cases in which the best interests of the child are protected, which is the essential element to be assessed after marital break-ups.

PALABRAS CLAVE: Filiación, patria potestad, custodia, custodia compartida, custodia exclusiva, interés superior, menor, modelos de custodia, criterios de atribución, estancia y comunicación, vivienda familiar, alimentos, ruptura matrimonial.

KEYWORDS: Filiation, parental authority, custody, shared custody, exclusive custody, best interest, minor, custody models, criteria of attribution, stay and communication, family housing, food, marital breakdown.

ABREVIATURAS.

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
Art	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPM	Ley Orgánica de Protección del Menor
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TN	Total Nacional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN.....	7
1.1. FILIACIÓN.....	7
1.2. PATRIA POTESTAD.....	10
1.3. GUARDA Y CUSTODIA.....	19
1.3.1. Concepto.....	19
1.3.2. Circunstancias en las que se origina:	20
1.3.2.1. Nulidad matrimonial.....	20
1.3.2.2. Separación.....	21
1.3.2.3. Divorcio.....	21
1.3.3. Tres escenarios que pueden darse:.....	22
1.3.3.1. Patria potestad y guarda y custodia exclusiva.....	22
1.3.3.2. Patria potestad conjunta y guarda y custodia exclusiva.....	23
1.3.3.3. Patria potestad conjunta y guarda y custodia compartida o alterna. 23	
1.3.4. Tipos de custodias:	23
1.3.4.1. Guarda y custodia exclusiva.....	24
1.3.4.2. Guarda y custodia alterna o compartida.....	25
1.3.4.3. Guarda y custodia partida entre los progenitores o distributiva.	26
2. ESTUDIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	27
2.1. LEY Y EVOLUCIÓN.....	27
2.1.1. Marco legal anterior a 2005.....	27
2.1.2. Modificación e incremento de la custodia compartida a partir de 2005. 29	
2.1.3. Modalidades autonómicas.....	32
2.1.3.1. Aragón.....	32
2.1.3.2. Valencia.....	33
2.1.3.3. País Vasco.....	34
2.1.3.4. Navarra.....	34

2.1.3.5. Cataluña.....	35
2.2. CONCEPTO.....	36
2.3. VENTAJAS E INCONVENIENTES.....	39
2.4. REQUISITOS PARA QUE PUEDA DARSE LA CUSTODIA COMPARTIDA:.....	40
2.4.1. Convenio Regulador.....	41
2.4.2. Resolución Judicial.....	41
2.4.3. Interés superior del menor.	42
2.4.4. Informe favorable del Ministerio Fiscal.	44
2.4.5. Audiencia de los menores.	44
2.4.6. Informes psicológicos o de especialistas.	46
2.5. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO ESENCIAL. 47	
3. CRITERIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA EL DESARROLLO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA:.....	51
3.1. APTITUDES PERSONALES DE LOS PROGENITORES.	51
3.2. PROXIMIDAD DE LOS DOMICILIOS.	53
3.3. DISPONIBILIDAD DE TRATO DIRECTO EN EL PERIODO QUE LES CORRESPONDE (PROFESIONES).....	54
3.4. MEDIOS MATERIALES SUFICIENTES (CAPACIDAD ECONÓMICA).....	55
3.5. EDAD DE LOS HIJOS.	55
3.6. VOLUNTAD DE LOS MENORES.	56
4. OBLIGACIONES SURGIDAS:	57
4.1. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.	57
4.2. ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS.....	59
4.3. RÉGIMEN DE ESTANCIA Y COMUNICACIÓN.....	61
5. VISIÓN PARALELA DEL INCREMENTO DEL TRABAJO DE LA MUJER. 62	

6. BREVE REFERENCIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ANIMALES DOMÉSTICOS.....	64
7. CONCLUSIONES.....	66
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	68
8.1. OBRAS DOCTRINALES:	68
8.2. LEGISLACIÓN.....	69
8.3. JURISPRUDENCIA:.....	69

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. FILIACIÓN.

Para poder adentrarnos en el estudio de la custodia compartida, primeramente hay que hacer alusión a una serie de conceptos ligados a ésta, tales como la filiación y la patria potestad, así como la custodia en términos generales; que como estudiaremos, de la propia filiación se derivan el resto, y no del vínculo matrimonial. Por tanto, una vez finalizado el matrimonio o no habiendo existido nunca éste, las obligaciones para con los descendientes son las mismas.

La filiación, regulada en el Capítulo I y II, Título V, del Libro I, del CC, se podría definir como el vínculo o relación que nace entre los padres y los hijos¹, surgiendo una vez ha nacido el menor, o bien tras la sentencia de adopción; desde ese mismo momento surgen una serie de deberes.

Aunque en un primer momento podríamos pensar que alude únicamente a lazos de sangre; no es la única relación existente, ya que en muchas ocasiones el vínculo deja de ser biológico o natural, para pasar a ser meramente jurídico, como ocurre con las adopciones y la reproducción asistida², que como veremos, se equiparan a los vínculos naturales. Por ende, tal y como indica LaCruz, los conceptos de padre/madre y progenitor no siempre han de coincidir³, y ello tiene aún más sentido con la modificación del CC, y la libre investigación; así como el derecho a conocer sus propios orígenes.

Cuando aludimos a la filiación, inmediatamente pueden surgir tres situaciones: la filiación matrimonial, la no matrimonial, y la adoptiva (que ésta a su vez podrá ser matrimonial o no matrimonial). Si bien, podría darse otra situación extrema que sería la falta de filiación⁴, situación que se genera ante el desconocimiento de los padres, siendo

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia”. Majadahonda, Madrid: Colex, 2007, p 321.

² SÁNCHEZ CALERO, FJ. “Curso de derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p 291.

³ LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 300.

⁴ ALBADALEJO, M. “Curso de derecho Civil: Derecho de Familia”. Madrid, Edisofer S.L., 2013, p 205.

necesario tutelar al menor, generándose así la ausencia de una serie de derechos y obligaciones que nacen de la filiación.

La filiación, supone una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre generantes y generados, considerándose como un estado civil de la persona⁵.

Desde la reforma en 1981 del CC, se aboga por la igualdad de dicha filiación, tal y como se establece en el art. 14 y 39.2.⁶ CE; con independencia de que se traten de matrimoniales o no matrimoniales. De igual forma, se equipara la adoptiva a la natural, y todo ello en beneficio del menor, tal y como indica el art. 108 CC⁷, definiéndose como una cualidad personalísima, que no es renunciable, y que supone una protección de la persona siendo el Registro Civil la vía de acreditación⁸, tal y como establece el artículo 113 CC⁹. De esta manera se le concede cierta posición en una determinada familia, y uniéndole de esta manera con los parientes de los padres (parentesco de consanguinidad).

Y esto goza de gran importancia, puesto que tras la reforma del CC, se permite que los hijos nacidos fuera del matrimonio formen parte de la familia paterna; y no solo se encuentren ligados al padre, teniendo así derecho sucesorio respecto de la familia del padre, ya que pertenece a un estado parental que se equipara al estado de familia (es decir, a los hijos matrimoniales)¹⁰.

⁵ SÁNCHEZ CALERO, FJ. “Curso de derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p 294.

⁶ Art. 39.2. CE: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”.

⁷ Art 108 CC: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”.

⁸ LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 303.

⁹ Art 113 CC: “La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil...”.

¹⁰ ALBADALEJO, M. “Curso de derecho Civil: Derecho de Familia”. Madrid, Edisofer S.L., 2013, pp 204-205.

En relación con el art. 39.2. CE, y con la preocupación de querer equiparar a los hijos y por la realidad biológica, con la libre investigación de la paternidad y maternidad¹¹, tal y como establece el art. 767. 2 LEC “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.¹²

Hace alusión al derecho a conocer el propio origen, basándose no solo en la libre investigación de la paternidad, sino en la dignidad de la persona y en los intereses del hijo, tal y como se indica en la sentencia 7/1994, de 17 de enero¹³.

Si bien, la trascendencia se observa en los efectos que se derivan de ésta, y que observamos en el CC; entre ellos se detecta tal y como establece el art. 109 del CC, la determinación y orden de los apellidos, habiéndose eliminado la preferencia del apellido paterno, lo que supone cierta lucha contra la igualdad¹⁴, tal y como se observa en la STS 645/2020, de 30 de noviembre; en la que podemos observar como en última instancia, acaban dando la razón a la madre de una niña que lucha porque sea su apellido el que siga apareciendo como primero en su hija, tras el tardío reconocimiento de la paternidad, defendiendo que tanto el nombre como el primer apellido forman parte de la propia personalidad de la menor, de su dignidad e incluso de su propia imagen. Y que no solo, no es perjudicial, sino que es beneficioso para la hija que esto siga siendo así, en aras de velar por el interés superior del menor y de lograr la igualdad de género, motivo por el que se modificó el art. 109 CC. La base se encuentra en que el apellido materno no solo no es perjudicial, puesto que ambos apellidos se encuentran en igualdad de condiciones, sino que en este caso es beneficioso puesto que así ha sido desde el nacimiento de la hija y modificarlo provocaría perjuicios en la menor.¹⁵

¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia”. Majadahonda, Madrid: Colex, 2007, p 325. LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 302.

¹² Art. 767.2. LEC.

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia”. Majadahonda, Madrid: Colex, 2007, p 326.

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, FJ. “Curso de derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p 293.

¹⁵ STS 645/2020, de 30 de noviembre de 2020 (RJ: 5095).

En segundo lugar, el art. 110 CC, alude a las obligaciones de los padres, “el padre y la madre aunque no ostentan la patria potestad, están obligado a velar por los hijos menores y a prestarlos alimentos”¹⁶.

Y en tercer lugar, hay que aludir al artículo 112 CC, puesto que tiene la filiación un carácter retroactivo, y por ende si se determina la filiación una vez fallecido el progenitor, el hijo tendrá derechos sucesorios debido a la retroactividad de esta figura. Las obligaciones que surgen de la filiación aludirían a la potestad parental, que tiene limitación temporal (la minoría de edad), así como el deber de velar por ellos y de alimentarlos, y a su vez, surgen los derechos sucesorios, los derechos alimenticios (entre parientes), y los efectos de identificación que no tienen carácter temporal, sino que son vitalicios unidos estrictamente a lazos de parentesco¹⁷.

Por tanto, a modo de resumen, y como se indica en este epígrafe de la filiación, se pueden extraer cuatro principios: el principio de igualdad, siendo indiferente el tipo de filiación; en segundo lugar, la prevalencia del interés del menor, que prima sobre todo; en tercer lugar, el principio de pro capacidad, que alude a que la limitación del menor deberá ser proporcional, y en la menor medida de lo posible, y en cuarto y último lugar, el principio de veracidad, es decir, la libre investigación de la paternidad/ maternidad¹⁸ (que se traduce en derechos de los niños).

1.2. PATRIA POTESTAD.

Una vez estudiada la filiación, es necesario hablar de la patria potestad, regulada en los capítulos I a IV del título VII “de las relaciones paterno-filiales” Libro I del CC (artículos 154-171), puesto que se deriva de la filiación y a su vez, la guarda deriva de esta institución. Alude a la relación con los hijos menores no emancipados y los que tienen su capacidad limitada judicialmente, estando estrechamente conectado con la guarda y custodia de los menores, que desarrollaremos posteriormente.

¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia”. Majadahonda, Madrid: Colex, 2007, p 320.

¹⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 23-24.

¹⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p 27.

Para comenzar y antes de iniciar con el concepto de patria potestad, hay que aludir al artículo 110 CC; que habla de las obligaciones que tienen los progenitores con sus hijos menores con independencia de que tengan o no la patria potestad. Si bien, una vez que se encuentran los hijos bajo su patria, las obligaciones aumentan notablemente como observaremos. Artículo 110 CC: “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”¹⁹. Por ende, el deber de velar por ellos y alimentarles (obligación entre parientes) se trata de una obligación surgida de la filiación, y no derivante ni de la patria potestad ni de la guarda y custodia (como ya no nos referimos en el epígrafe anterior).

La patria potestad se podría definir como el poder que la ley deja en manos de los padres sobre sus hijos, cuando éstos son menores para poder protegerlos y formarlos²⁰, es decir, para poder cumplir con sus obligaciones.

La patria potestad aunque inicialmente se concibiera como un derecho prácticamente pleno que poseen los progenitores en relación con sus hijos, hoy en día no es así y se observa desde el punto de vista de los deberes que tienen con los menores, y para hacerlos cumplir les facultan de una serie de derechos, que en todo momento están destinados y orientados al bienestar del menor²¹ y a hacer valer y respetar sus derechos, así como respetar su personalidad.²²

Y esto es así, puesto que en muchas crisis matrimoniales son los hijos quienes salen peor parados de tales situaciones, y los que en ciertas ocasiones pueden ser tratados más como objetos que como personas que ciertamente son. Situación que lógicamente hay que tratar de evitar en todo momento, puesto que como ya se ha dicho, se lucha por priorizar al menor y por velar por el interés superior de éste, puesto que las obligaciones que se generan con sus descendientes no se derivan del matrimonio, sino de la filiación, y es por ello que pese a finalizar las relaciones matrimoniales o extramatrimoniales entre progenitores, o pese a que éstas no hubiesen existido nunca, no finalizan las relaciones con

¹⁹ Artículo 110 C.C.

²⁰ ALBADALEJO, M. “Curso de derecho Civil: Derecho de Familia”. Madrid, Edisofer S.L., 2013, p 279.

²¹ SÁNCHEZ CALERO, FJ. “Curso de derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p 332.

²² Artículo 154 CC: “*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*”.

los hijos, tal y como establece el artículo 92 CC: “las relaciones entre los progenitores, no les exime de las obligaciones que tengan sobre los hijos”²³.

Desde el momento en que se declara la filiación (el nacimiento, en las filiaciones naturales), se generan una serie de obligaciones para los padres o titulares de la patria que finalizarán una vez cumplida la mayoría de edad. Sin embargo, otras obligaciones inherentes a la filiación tendrán carácter permanente.

La persona desde su nacimiento hasta que alcanza su plena capacidad (entendida social y jurídicamente a los 18 años) necesita de la ayuda de sus progenitores para su desenvolvimiento y su desarrollo hasta lograr su plena capacidad, debiendo encontrarse amparados y ayudados para el desempeño de distintas actuaciones que les pueden surgir abarcando todos los ámbitos posibles. Y es por ello que aparecen los derechos de los progenitores, para hacer lograr esas facultades, y entre ellas aparece la patria potestad.

Cuyo término viene del derecho romano y se ha quedado anticuado, puesto que aunque tanto su contenido como caracterización han evolucionado a lo largo de los años de manera paralela al cambio de la sociedad, en el ordenamiento jurídico español se ha mantenido el mismo término de “patria potestad” que se venía dando, lo cual, en primer lugar es discriminatorio, puesto que en un inicio aludía al poder del padre de familia, dejando en un lugar subsidiario a la mujer; y en segundo lugar, se trata de un concepto anclado a una percepción pasada de este concepto, puesto que aunque primeramente aludía a un derecho prácticamente pleno de los titulares de la patria, sin prácticamente ningún tipo de injerencia externa, ni de los poderes públicos, hoy en día es concebida como los deberes que tienen los progenitores para asegurar una vida digna y plena a sus hijos, con total respeto de su personalidad y prestándoles ayuda en todo lo que necesiten hasta su plena capacidad o mayoría de edad. Para que esos deberes puedan efectuarse, se les otorga paralelamente una serie de derechos, que no son más que el instrumento para hacer lograr los derechos de los menores, y es por ello que el énfasis se sitúa más en la vertiente negativa: deberes y responsabilidades, que en la positiva: derechos y facultades, al contrario de lo que se venía haciendo hasta hace relativamente pocos años.

Es por todo ello, que aunque el Código siga manteniendo el término de “patria potestad”, sería más lógico hablar de “potestad parental”, que es usado en el Código Civil catalán, considerándose un término correcto desde el punto de vista de “función,” ya que

²³ Artículo 92 CC.

se resalta en mayor medida deber que derecho, y en segundo lugar “parental” alcanzando tanto parejas heterosexuales como homosexuales.²⁴

Para poder adentrarnos aún más en el tema, es necesario diferenciar entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, puesto que se tiende a confundirlos, más bien a no diferenciarlos, y es necesario su diferenciación puesto que puede dar lugar a situaciones o escenarios diferentes. Aunque estos conceptos aparecen durante el matrimonio, generalmente los problemas surgen tras las crisis matrimoniales y las rupturas convivenciales.

El código civil en su artículo 156: “la patria se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.²⁵

De aquí podemos extraer que con carácter general, la titularidad es dual²⁶, pues bien, aunque pueden verse restringidos de ésta, no es lo habitual, se dará únicamente por motivos tasados y nunca debido a la propia voluntad de uno de los progenitores. Si bien, el ejercicio de ésta podrá llevarse a cabo o bien de manera conjunta o bien de forma individual, puesto que el día a día hace que sea muy complejo que el ejercicio sea conjunto, sobre todo, en aquellas situaciones en las que no existe convivencia entre los hijos con uno de los progenitores; y aquí pasaría a tener cabida la custodia²⁷. El citado artículo en su último párrafo indica “si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”²⁸.

Pues bien, la titularidad haría referencia al poder que supone dicha institución, que deriva de la filiación con la inclusión de derechos y deberes. A su vez el ejercicio aludiría a la puesta en práctica real y efectiva de determinados derechos y deberes (nacidos de la

²⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 25-26.

²⁵ Artículo 156 CC.

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia”. Majadahonda, Madrid: Colex, 2007, p 383.

²⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 117-118.

²⁸ Artículo 156 CC.

titularidad) que se desempeñan únicamente si conviven bajo el mismo techo, es decir, el ejercicio aludiría a la guarda y custodia de los hijos, que constante matrimonio no suelen presentar excesivos problemas, puesto que ambos titulares conviven con los hijos, y en mayor o menor medida podrán prestarles la ayuda y cuidado necesario y atenderles como merecen en función de la edad, madurez, personalidad...

Existe una serie de situaciones en las que las actuaciones se llevarán a cabo por uno sólo de los progenitores. Podrá ser, en primer lugar; cuando conviviendo juntos, o no, tanto la titularidad como el ejercicio sea conjunto, en estos casos, el consentimiento del otro titular no pasa a ser inexistente o irrelevante, sino que al progenitor se les concede una facultad extraordinaria, y esto sucede cuando con anterioridad el otro progenitor ha dado el consentimiento de manera previa, bien de forma tácita o expresa, también en aquellos actos que se realizan conforme al uso social y a las circunstancias (tal y como indica el artículo 156) y en aquellas actuaciones de urgente necesidad²⁹. En segundo lugar, nos podemos encontrar con que la titularidad sea conjunta, pero el ejercicio sea exclusivo (disociación entre titularidad y ejercicio) y esto se dará ante la separación de los padres (o ausencia de matrimonio) siempre que no se haya optado por la custodia compartida³⁰, indicando el artículo 156.5.: “la patria potestad se ejercerá por aquél con quien conviva el hijo”³¹(de esta manera las actuaciones también serán llevadas a cabo por solo un progenitor).

También nos encontraremos ante tal situación, cuando estamos ante ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores, que lógicamente será la patria ejercida únicamente por el otro progenitor³². Por último, también puede darse la actuación por uno sólo, cuando a través de una resolución judicial se suspenda temporalmente (máximo de dos años) el ejercicio, bien porque los progenitores no lleguen a acuerdos de

²⁹ SÁNCHEZ CALERO, FJ. “Curso de derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p 330.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 393.

³¹ Artículo 156.5. CC.

³² LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 394.

manera continuada y el ejercicio entre ambos sea realmente complejo, o bien cuando el Juez así lo acuerde al considerar que es más beneficioso para el menor.³³

Por último nos podemos encontrar con la situación más radical de actuaciones llevadas a cabo de manera exclusiva, que será cuando la titularidad sea individual, y por ende, el ejercicio también lo sea. Dicha situación se genera cuando: se haya determinado la filiación únicamente a un progenitor, cuando se les excluya de la patria potestad, bien porque haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme, o bien cuando haya sido determinada contra su oposición, tal y como indica el artículo 111 CC³⁴. También cuando se extinga, por muerte o declaración de fallecimiento, emancipación o adopción del hijo³⁵. O por último, se les puede privar ante el incumplimiento de los deberes inherentes³⁶, si bien este incumplimiento o dejación de las obligaciones ha de ser prolongado o reiterado y tiene que ser beneficioso para el menor, puesto que si no fuera así, aunque se diera ese incumplimiento, no se daría dicha privación.³⁷

Esto debe ser concebido desde el punto de vista del interés del menor, y nunca como una sanción impuesta al progenitor por incumplir con sus obligaciones.³⁸ Cuando se extingan, excluyan o priven de la patria potestad, también lo harán de la guarda y custodia (puesto que se verán cohibidos no solo de la titularidad sino también del ejercicio de la patria potestad). Si bien, aun así mantienen las obligaciones de velar por sus hijos y de alimentarlos, así como de relacionarse con ellos.³⁹ (Deberes inherentes a la filiación).

Cuando no estemos ante tales situaciones excepcionales, los progenitores se encuentran en la necesidad de cumplir con sus obligaciones, puesto que son indisponibles (no se puede renunciar a ella, ni cederla, esta fuera del tráfico) aunque sí se permite cierta “disponibilidad” respecto al ejercicio o guarda de los menores; es personalísima, puesto que

³³ SÁNCHEZ CALERO, FJ. “Curso de derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p 330.

³⁴ Artículo 111 CC.

³⁵ Artículo 169 CC.

³⁶ Artículo 170 CC.

³⁷ STS de 12 de julio de 2004 (RJ: 4371).

³⁸ SSTS de 18 de octubre de 1996 (RJ: 7507); 31 de diciembre de 1996 (RJ: 9223).

³⁹ Artículo 160 CC.

pertenece a los titulares; es necesario, puesto que los menores debido a su limitada capacidad necesitan de sus progenitores; y es completa, puesto que incluye todos los ámbitos, salvo los de carácter personalísimo del menor, y debido a esa gran extensión o amplitud es exclusivo, puesto que no se puede dar de manera conjunta con otra institucional del mismo carácter.⁴⁰

Una vez indicados los caracteres de los deberes de sus titulares, habrá que pasar a estudiarlos y a aludir al propio contenido de esta institución que viene regulado en el artículo 154 CC (obligaciones que están en manos de quienes poseen la guarda y custodia de los menores, y de ahí la importancia de estudiarlo).

Si bien, junto a los deberes, también estudiaremos los distintos derechos con los que cuentan, e iremos analizándolos de manera separada.

El artículo 154 establece: "... esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes."⁴¹

En primer lugar, y con carácter muy amplio, los progenitores deben velar por sus hijos (o cuidarles), deber inherente a la filiación, incluso en los casos en que no haya patria potestad, refiriéndose a las actividades necesarias para que el hijo tenga un pleno desarrollo tanto físico como emocional, otorgándole todo aquello que necesitare así como previniéndole de todo aquello que sea nocivo para el menor.

Esta vela, supone también la guarda y custodia, que podrá estar en manos de ambos o de solo uno de ellos.

En segundo lugar, alude al deber de educarlos y proporcionarles una formación. En este caso, también se trata de lograr el pleno desarrollo físico e intelectual, así como darles todos los conocimientos propios de su edad, y madurez, y darles una serie de valores sociales, culturales, morales, así como religiosos (que dependerán de la familia en que se desarrolle este deber). No solo consiste en proporcionarles dicha educación, sino también en elegir y encomendar ésta en determinados centros educativos.

⁴⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. "Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres". Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 32-34.

⁴¹ Artículo 154 CC.

En tercer lugar, nos encontramos con el deber de alimentar a los hijos, que perdura hasta los 18 años, que no es la misma que la obligación legal de alimentos entre parientes (la cual sí es recíproca).

Dicha obligación consiste en darle lo necesario para su existencia, subsistencia y desarrollo; incluyendo tanto la vivienda, el vestido, asistencia médica, formación y gastos funerarios.⁴²

A su vez, los hijos cuentan con el derecho de ser representados por sus titulares, tal y como indica el artículo 162 CC: “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”.

Lo que podría llegar a suceder es que hubiera conflicto de intereses entre los progenitores y el menor, y para ello, se puede nombrar a un defensor judicial, como indica el artículo 163 CC, pero para nombrar a este defensor, es necesario que haya conflicto entre ambos progenitores con el menor, porque si solo uno de éstos estuviera en contra de los deseos del menor, se llevaría a cabo lo que el menor y el otro titular desearan⁴³.

Dicha representación es necesaria debido a la dependencia de los niños y a su limitada capacidad de obrar. Si bien, pese a dicha dependencia hay ciertas excepciones, reguladas en el artículo 162 CC: los derechos de la personalidad del menor, aquellos en que hubiese conflicto de intereses entre titulares e hijo, y aquellos que estén excluidos de la administración de sus padres⁴⁴, así como aquellos actos propios a su edad y madurez.

El último deber regulado en el artículo 154 sería la administración de bienes del menor, que deberán hacerlo como si fueran suyos, o como si actuaran como administradores, si bien no son usufructuarios, pues los hijos tienen el derecho de disfrute (artículo 165.1 CC). Si bien, una parte de ellos deberá o podrá ser destinada al levantamiento de las cargas familiares⁴⁵. Pese a que corresponde a los padres la administración, hay una serie de bienes que aparecen fuera de su alcance, tales como los

⁴² GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 42-44.

⁴³ LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 403.

⁴⁴ Artículo 162 CC.

⁴⁵ ALBADALEJO, M. “Curso de derecho Civil: Derecho de Familia”. Madrid, Edisofer S.L., 2013, pp 284-285.

que hubiera adquirido por título gratuito y el disponente así lo indicase, los que adquiriera por sucesión y los titulares fueran desheredados o indignos, y los que el hijo mayor de 16 años hubiese conseguido con su propio trabajo.⁴⁶

Todos estos deberes de los padres son concebidos desde la otra perspectiva como derechos de los hijos, pero no son los únicos, puesto que también cuentan con el derecho de ser informados, el derecho de ser oídos, el derecho a emitir su consentimiento, así como derecho a relacionarse con los titulares de la patria y con el resto de familiares y allegados⁴⁷.

De esta manera, los padres tienen una serie de derechos que sirven de instrumentos en aras a cumplir los derechos de los hijos, tales como; el derecho a tener a su hijo en compañía, regulado en el artículo 154 CC, derecho vinculado con la guarda y custodia, que alude a una situación prolongada del desarrollo de la vida de manera conjunta, entre titulares e hijos. Si bien, cuando se da la crisis matrimonial, y la custodia no es compartida, solo uno de ellos disfrutará de este derecho de manera más amplia, pues el otro lo hará a través del derecho de visitas.

También cuentan con el derecho a fijar el domicilio del hijo, el derecho de corrección, respetando en todo momento su dignidad y personalidad y sin traspasar en ningún momento los límites, así como el derecho a relacionarse con los hijos.⁴⁸

Tal y como vienen configurados, se identifican como facultades de los titulares, no obstante se pueden a su vez entender como derechos de los hijos, puesto que están orientados y pensados en todo momento en el interés y bienestar del menor, así como procurar el mejor desarrollo tanto físico como intelectual.

Si bien, los menores no solo tienen derechos, sino que como todos, también cuentan con deberes, tales como el de obediencia, contribución en los gastos o cargas familiares en la medida de lo posible⁴⁹, así como respetarlos.

Todo este entramado de derechos y deberes, era necesario para poder conocer los derechos que poseen los hijos tras las crisis, y sobre todo en las guardas y custodias

⁴⁶ Artículo 164 CC.

⁴⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 52-53.

⁴⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 45-49.

⁴⁹ Artículo 155 CC.

exclusivas, puesto que en muchas ocasiones, el progenitor no custodio se olvida de ello, y de que dichos deberes perduran tras la ruptura, con independencia del tipo de guarda a la que nos recojamos.

1.3. GUARDA Y CUSTODIA.

1.3.1. Concepto.

El concepto de guarda y custodia no viene regulado en el CC, ni en ningún texto legal, ni tampoco se habla de ello cuando se regula el contenido, pese a estar muy vinculado tanto a la patria potestad, como a la filiación, como hemos ido observando. Dicha guarda, está formada tanto por el contenido personal como patrimonial, que se encuentra inmerso en la patria potestad.

Sabemos que está estrechamente vinculada a la ruptura de la convivencia, y por ende, a las crisis matrimoniales, pudiendo desencadenarse la custodia compartida, como efecto de ello (cuya guarda será alterna para ambos progenitores), como la guarda exclusiva (cuya custodia la tendrá un titular, y el otro progenitor el derecho de estancia y comunicación).

La guarda y custodia se podría definir como la atribución del ejercicio de una serie de derechos, tales como, alimentos, cuidado, educación, formación, etc, en los casos en los que finalice la convivencia⁵⁰ o también se podría definir como la potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente (atribución unilateral), bien de forma alterna o sucesiva (guarda compartida) y abarca todas las obligaciones de vida diaria y ordinaria: alimentación, cuidado, atención, educación, formación y vigilancia y responsabilidad por los hechos ilícitos⁵¹.

Si bien, aunque esté muy vinculada a las crisis matrimoniales (puesto que se trata de un efecto de ello), la guarda también tiene cabida, constante matrimonio, aunque no es apreciable ya que ambos progenitores cumplen con el deber de velar por los menores de manera más o menos equilibrada, debido a la relación de convivencia que mantienen al

⁵⁰ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 155.

⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 4.

vivir en el mismo domicilio (de hecho sería posible que correspondiera dicha custodia de manera física a centros educativos, o incluso con carácter jurídico podría darse una delegación temporal, observando de esta manera como la guarda también existe durante la convivencia matrimonial).⁵²

La custodia no ha de confundirse con la patria potestad, aunque derive de ésta, pues alude al deber del o de los progenitores a cuidarles, y protegerlos, es decir, se refiere a relaciones personales encuadradas dentro del mismo domicilio, por tanto, se refiere a cuidados del día en todos los ámbitos, así como las relaciones entre titulares e hijos de manera cotidiana.

1.3.2. Circunstancias en las que se origina:

Como ya se ha dicho, pese a que la guarda y custodia ya aparece constante matrimonio, los problemas surgen tras las crisis matrimoniales, ya sea por nulidad, separación o divorcio, puesto que tras ello, se genera la pérdida de la convivencia familiar, y ante ello, es necesario decidir sobre el cuidado y compañía de los menores, ya sea a través de un Convenio Regulador, o bien a través de las medidas adoptadas por el Juez en un procedimiento contencioso, cuando los cónyuges no lleguen a ningún tipo de acuerdo.

La guarda y custodia de los menores se va a tener que determinar legalmente cuando se dé:

1.3.2.1. *Nulidad matrimonial.*

Tal y como viene regulado en el artículo 73 CC, hay una serie de supuestos en los que un matrimonio es declarado nulo, tales como la situación de un matrimonio sin consentimiento (nulidad por falta de consentimiento), aquellos celebrados entre menores de edad no emancipados, o quienes ya estén casados (art. 46 CC), así como los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (art. 47 CC), así como el matrimonio por defecto de forma; es decir, cuando se realice sin juez, alcalde o funcionario, sin testigos, error en la persona o cuando hubiera intermediado miedo o coacción.

⁵² GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p 64.

En estas situaciones el matrimonio será considerado nulo con efecto ex tunc, y por ende, se desencadenarán una serie de efectos, propios también de la separación y el divorcio.

1.3.2.2. Separación.

A partir de la reforma que se produjo en el 2005 en el CC, y tal y como viene regulado en el art 81 CC, la separación se llevará a cabo o bien porque así lo soliciten ambos, bien por petición de uno de ellos con el consentimiento del otro, o bien, simplemente a petición de uno solo de ellos. Por tanto, observamos cómo se eliminaron las causas de separación, pues el único requisito a tener en cuenta es respetar un límite temporal, que son tres meses desde la celebración del matrimonio. Salvo en aquellos casos en los que pudiese existir un riesgo real ante la vida, la integridad, o libertad de uno de los cónyuges o de los hijos.

1.3.2.3. Divorcio.

Alude a la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, poniendo fin a la vida en común de éstos, así como de los hijos, viniendo regulado en el art 86 CC.

Lo que tienen en común estas tres figuras, es que suponen el cese del matrimonio y de su vida en común, y ello trae unos efectos o consecuencias comunes que deberán verse acordadas y reflejadas en el Convenio Regulador, entre las que se destacan: las cargas familiares, pensión, las medidas relativas a los hijos, vivienda familiar... Y es por ello, que aludimos a estas figuras ya que están relacionadas con la guarda de los hijos,⁵³ regulada en los artículo 90-101 CC.

Primeramente, se da predilección por los acuerdos a los que lleguen los cónyuges, siempre con la aprobación del Juez pertinente, pero siempre respetando el principio del “favor filii”, es decir, que las medidas que se tomen sean las menos perjudiciales posibles para los niños⁵⁴, siempre que sea así, los padres podrán llegar a acuerdos o por el contrario, ante la falta de acuerdos, será el Juez quien decida por ellos.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 95.

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010, p 98.

Sea cual fuere la situación, siempre va a ser necesario adoptar medidas referentes a los hijos, que es el tema que estamos tratando, tal y como indica el art 90.1. CC, en sus apartados A, B y C, referente al cuidado de los hijos que estén bajo la patria de ambos, así como su ejercicio, el régimen de comunicación y estancia de los hijos del progenitor no custodio, el régimen de comunicación y visitas con sus abuelos si fuera pertinente, así como la asignación de la vivienda familiar.

El Juez o los padres de mutuo acuerdo, podrán optar por la custodia compartida, o exclusiva. Ates de tomar decisiones acerca de la custodia, el juez solicitará la información que considerase necesario al Ministerio Fiscal, siempre para optar por la medida más beneficiosa para el menor⁵⁵

1.3.3. Tres escenarios que pueden darse:

Hasta la Ley 15/2005, no se concebía legalmente más que la custodia exclusiva en uno sólo de los progenitores como consecuencia de la crisis matrimonial, ya fuese por nulidad, separación o divorcio como hemos dicho anteriormente. Si bien, a partir de dicha reforma, se comenzó a regular el segundo modelo de guarda: guarda compartida.

Desencadenándose de esta manera diversas situaciones, en función de la familia ante la que nos encontremos.

1.3.3.1. *Patria potestad y guarda y custodia exclusiva.*

Es la situación más extrema, y menos habitual, se dará cuando por las razones que ya vimos, uno de los progenitores quede excluido de la titularidad de la patria potestad, y que por ello, lógicamente se verá privado de la custodia de los menores⁵⁶.

Si bien, dicho progenitor seguirá vinculado a las obligaciones inherentes a la filiación.

Un ejemplo de patria potestad exclusiva (y por tanto guarda exclusiva) sería la STS de 23 de mayo de 2019, por incumplimientos de los deberes de manera grave y reiterada, sin relacionarse con el menor durante años.⁵⁷

⁵⁵ ALBADALEJO, M. “Curso de derecho Civil: Derecho de Familia”. Madrid, Edisofer S.L., 2013, p 105.

⁵⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 126-127.

⁵⁷ STS de 23 de mayo de 2019 (RJ: 1975).

1.3.3.2. *Patria potestad conjunta y guarda y custodia exclusiva.*

De igual forma que la situación anterior era la más extraña, esta escena era la protagonista hasta la reforma de 2005. En este caso, la titularidad sigue perteneciendo a ambos progenitores, pero la guarda recae bajo un solo progenitor, estableciendo el régimen de estancia y comunicación al progenitor no custodio, así como una pensión alimenticia, manteniéndose vinculado a los deberes relativos a la patria potestad.

Pues, aunque en un principio se piense que lo más beneficioso sea que el menor siga relacionándose con ambos y estando bajo la guarda de los dos, en determinadas situaciones no será así, bien porque no sea físicamente factible, bien por enfermedades mentales, adicciones u otros problemas que imposibiliten la guarda. En estos casos se optará por guarda exclusiva, velando siempre por el interés del menor.⁵⁸

Un ejemplo de esta modalidad sería la SAP de Islas Baleares de 25 de junio de 2019.⁵⁹

1.3.3.3. *Patria potestad conjunta y guarda y custodia compartida o alterna.*

A partir de la reforma de 2005, comenzó este nuevo escenario que se encuentra en alza, consiste en que tanto la patria potestad como la guarda de los menores recae por igual (de manera semeja al menos) en ambos progenitores, repartiéndose así las obligaciones y cuidado de los menores y disfrutando de ellos por partes muy parecidas.

Ejemplo de esta situación sería la SAP de Girona de 25 de febrero de 2001.⁶⁰

1.3.4. Tipos de custodias:

En relación a lo que acabamos de ver, cabe destacar que si estas situaciones pueden darse, es debido a los tipos de custodia existentes en nuestro ordenamiento jurídico, siendo necesario referirse a ellas para ir ahondando con mayor profundidad en materia de guarda y custodia.

Hay dos tipos de custodias principales (exclusiva y compartida), y una tercera (repartida) que se tiende a no optar por ella, salvo que sea la más beneficiosa para el menor, y que será o bien exclusiva, o bien compartida.

⁵⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 127-129.

⁵⁹ SAP de Islas Baleares, de 25 de junio de 2019 (RJ: 1341).

⁶⁰ SAP de Girona de 25 de febrero de 2001 (AC: 1827).

1.3.4.1. *Guarda y custodia exclusiva.*

Hay que destacar que hasta la reforma producida en 2005, este tipo de custodia era el modelo a seguir tras la ruptura matrimonial. Y hoy en día, sigue siendo el modelo más utilizado.

En el caso en que haya Convenio Regulador, serán los padres quienes puedan decidir en aras al interés del menor, con quién de los progenitores se quedará el menor. En el caso, en que no haya acuerdo, será el propio Juez quien decida quién será el guardador de los menores, que será aquél que considere más apto, con mejores vínculos con el menor, presentando mayor disponibilidad horaria para el cuidado del menor así como la buena predisposición para que tenga buena comunicación y relación con el progenitor no custodio. Pues es un problema frecuente que se da en las custodias exclusivas, que es lo que se conoce como alienación parental. Respecto a la alienación parental, se concibe como una manera de maltratos al menor, tratando de poner en una mala posición al progenitor no custodio, con críticas, humillaciones... con el fin de que el menor llegue a pensar que ha sido abandonado, o que no se le quiere, y por ende, el consiguiente rechazo hacia éste.⁶¹

Siendo la alienación parental en todo momento, una medida totalmente perjudicial para el menor, debido a que puede desencadenar problemas en el desarrollo de su personalidad. Por todo ello, se premia la buena predisposición de los progenitores y que faciliten las relaciones con el otro progenitor, debido a que de no ser así, se optaría por la delegación de la guarda al otro progenitor.

Por tanto, este modelo consiste en que la convivencia con el hijo menor, se atribuya a uno sólo de los progenitores, reservándose al otro progenitor un derecho de visitas, salvo que por concurrir causa grave sea privado de la misma.

Con todo ello, será uno de los progenitores quien atienda al menor, y quien dedique la mayor parte del tiempo con éste, dándole todos los cuidados que requiera y siendo éste el progenitor guardador. Por otro lado, nos encontramos con el progenitor no custodio, a quien se le otorgará un régimen de estancia y comunicación (“régimen de visitas”), que tiende cada vez a ser más amplio y que generalmente, a día de hoy, se establece para el no custodio: fines de semana alternos (incluyendo el domingo), semana en Navidad, mitad de

⁶¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 129-130.

vacaciones en verano, y uno o dos días semanales (a veces con pernocta), sin perjuicio de que se pueda alterar en función de cada familia y de sus necesidades.

Siendo fundamental, que en la práctica estas visitas se respeten, ya que son básicas para el desarrollo interpersonal de las relaciones entre el menor y el no custodio.⁶²

1.3.4.2. *Guarda y custodia alterna o compartida.*

Debido a la realidad cambiante, acabaron regulando este modelo de custodia, debido a que es el que más se adapta a la realidad, ya que se entiende que constante matrimonio las responsabilidades y tareas son de ambos. Una vez cese la convivencia, lo lógico será que esto siga siendo así, para que provoque los menores perjuicios para el menor, y logrando así una situación de igualdad para ambos progenitores, pudiendo relacionarse con el menor con una cierta regularidad, lo cual provocará un fortalecimiento en los lazos interpersonales del menor con sus progenitores.

La custodia compartida, se podría definir como la atribución de la guarda a ambos progenitores por periodos similares y alternativos (no tienen por qué ser idénticos), en los que ambos tienen tanto la patria potestad como la guarda del menor.⁶³

Durante el tiempo que se atribuye a cada progenitor, se encargará del cuidado del menor y de todas las obligaciones inherentes, y dependiendo los periodos que se hayan establecido, también se podrá establecer régimen de visitas para el progenitor que no guarda en ese periodo de tiempo.

Por tanto, el régimen de visitas no es exclusivo de la custodia monoparental, sino que puede darse también en la compartida, cuando así lo consideren beneficioso para el menor, para evitar daños o deterioros para éste en relación con el no custodio.

La custodia compartida, podrá ser muy diversa en función de las circunstancias y necesidades de cada menor y de cada familia. Como ya veremos, podrá estructurarse de diversas formas.

Este modelo merece un estudio más detallado, que desarrollaremos a continuación, pero no sin antes referirnos a un último tipo de custodia.

⁶² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 9.

⁶³ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p 92.

1.3.4.3. *Guarda y custodia partida entre los progenitores o distributiva.*

Este guarda consiste en la situación en la que hay más de un hijo, y por razones que se fundan en el interés de los menores se repartirán (distribuirán) los hijos, y uno o varios de ellos vivirán con uno de los progenitores, y otro u otros hijos vivirán con el otro progenitor.

Este tipo de guarda, podrá a su vez ser custodia exclusiva o compartida, debido a que podrán alternarse los periodos y mientras determinados hijos vivan con un progenitor, los otros menores vivirán con el otro progenitor, que entonces estaríamos ante una custodia compartida, puesto que ambos progenitores serían guardadores de todos los hijos por periodos alternos. O por otro lado, la custodia podrá ser exclusiva y aunque convivieran con uno de ellos, tendrían derecho de comunicación y estancia y convivirían con el no custodio los días estipulados.

Este modelo se trata de evitar, puesto que se tiende a no separar a los hermanos por el beneficio de éstos.⁶⁴

Es necesario aludir a dos principios en relación a ello: en primer lugar, el de velar por el interés superior del menor (principio “favor filii”) que consiste en llevar acabo aquello que sea más beneficioso para el menor, y aunque lo normal sea que lo más recomendable sea no separar a los hermanos, ya que si ya se considera compleja la ruptura, el alejamiento o distanciamiento con los progenitores, sería aún más dramático y perjudicial separarles también de los hermanos. No obstante, cuando por circunstancias del caso, así lo aconsejasen, la custodia podrá ser repartida entre los progenitores. En segundo lugar, aludiría al art. 92.5. CC, que hace referencia a que los hermanos no deberán ser separados en su custodia, salvo justa causa y así es como lo establece el TS: “los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible, pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomará de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficiosa para los hijos...”.⁶⁵

De esta manera, observamos en una sentencia del TS en la que se determina que dos de los cinco hijos vivirán con el padre, a elección de los hijos y por tener edad

⁶⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p 93.

⁶⁵ SSTs de 9 de marzo de 2016 (RJ: 840) y 25 de septiembre de 2015 (RJ: 4028).

suficiente de madurez para la toma de decisión de esta medida (vivirán en Gijón) y los otros tres hijos vivirán con la madre, uno de ellos mayor de edad (así decidió él), y los otros dos hijos pequeños (en Madrid).

En dicha sentencia, se tomó esa decisión al entender que era lo más beneficioso para los menores pese a separar a los hermanos, ya que debido a la capacidad de ambos progenitores para el cuidado de los hijos, lo más correcto sería la custodia compartida, pero debido a la lejanía de las viviendas (Madrid-Gijón), esto resultaría inviable.

Aunque se tienda a no separar a los hermanos, en este caso no se considera realmente perjudicial para éstos, debido a que el hermano mayor estaría en Madrid, en ningún caso se podría dar la unión total (nexo completo) de todos los hermanos en Gijón, y a ello se le añade que consideran oportuno que sea la madre quien cuide de los menores, puesto que ha sido quien ha cuidado a los hijos durante el matrimonio. Por todo ello, se acaba fallando la distribución de los hijos.⁶⁶

2. ESTUDIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

2.1. LEY Y EVOLUCIÓN.

2.1.1. Marco legal anterior a 2005.

La regulación de la guarda y custodia ha sufrido muchas modificaciones a lo largo de la historia, que se ha ido acomodando a la realidad social cambiante, hasta llegar a la Ley 15/2005 de 8 de julio.

Así aunque podríamos desarrollar la evolución de su regulación en base a diversas leyes, vamos a marcar como puntos referentes tres hitos, que sería hasta 1981, a partir de 1981, y a partir de 2005.

Hasta la reforma de 1981 (fase preconstitucional) tal y como indicaba el artículo 70 del CC (de la Ley de 24 de abril de 1958), si ambos cónyuges hubieran obrado de buena fe, los hijos mayores de siete años serían cuidados por lo padres, y las hijas por las madres. Pero si por el contrario, la buena fe solo estuviera en uno de los progenitores, quedarían bajo su cuidado los hijos de ambos sexos. Y en todos los casos, los hijos menores de 7 años, con independencia del sexo, serían cuidados por las madres.

⁶⁶ STS de 25 de septiembre de 2015 (RJ: 4028)

Por tanto, observamos cómo se mantiene el criterio culpabilístico, siendo totalmente discriminatorio, y solo se contempla la guarda exclusiva. En ningún momento entra en juego el interés superior del menor.

A partir de 1981 (una vez promulgada la CE de 1978) con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del CC en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, así como la Ley 30/1981, de 7 de julio sobre Modificación de la regulación del Matrimonio y Determinación del Procedimiento a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio, se mantiene la guarda de los hijos menores de 7 años en compañía de su madre (artículo 159 CC) , y a la par, se establecen una serie de modificaciones, poniendo fin al elemento culpabilístico, dando especial relevancia al pacto de los progenitores, y a su vez introdujo en su artículo 92 C.C. una importante novedad: “podrá también acordarse cuando así lo convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.”⁶⁷

Por tanto desaparece el criterio culpabilístico, se mantiene la guarda de los hijos menores de 7 años a la madre, y se comienza a contemplar la guarda compartida, que pese a no regularse expresamente, se permite que sea pactado. Con la CE, se desarrollan una serie de valores, tales como la protección de la familia, la protección de los hijos, la igualdad, la asistencia, etc.⁶⁸

Si bien, los tribunales en escasas ocasiones abogan por la custodia compartida, decantándose por la custodia exclusiva otorgada a las madres, puesto que se mantenía el falso y erróneo mito de que la mujer, por el simple hecho de serlo, estaba mejor cualificada para el cuidado de los hijos. Con la ley de 1990, se aboga por respetar el interés del menor, principio que rige en la actualidad en todo el derecho matrimonial.

Como se ha dicho, jurisprudencialmente, pocas veces optaban por la custodia compartida, aunque de manera paulatina fueron adaptándose a la realidad, y fueron adoptando en ciertas ocasiones la custodia compartida, que aguardaba distintas formas en función de las características de cada familia.

⁶⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 94-95.

⁶⁸ IBERLEY. “Custodia compartida. Paso a Paso: Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja”. Colex, 2021, p 17.

Por tanto, hasta 2005, a excepción de contadas ocasiones, tras la ruptura matrimonial, el modelo de guarda que seguían los tribunales era la custodia exclusiva, que recaía generalmente en las madres, debiendo establecerse el régimen de comunicación y estancia al progenitor no custodio (que generalmente era el padre), y todo ello en base a una sociedad patriarcal, en la que constante matrimonio generalmente era la madre quien ejercía las labores de cuidado y educación de los hijos.

2.1.2. Modificación e incremento de la custodia compartida a partir de 2005.

En base a las discrepancias por parte de los hombres, que se encontraban en situación de desventaja en relación con el cuidado y relación de sus hijos, la incorporación de la mujer al mundo laboral, el interés de velar por el interés superior del menor, hizo que se diera un cambio en materia de guarda y custodia a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, hito a tener en cuenta, puesto que supuso un antes y después en la atribución de la guarda y custodia. A partir de este momento pasó a ser derecho positivo la guarda y custodia compartida, y se reguló por primera vez expresamente en un texto legal en nuestro ordenamiento jurídico, debiéndose dicha reforma a la protección del interés del menor, así como al incremento de la corresponsabilidad entre ambos progenitores de las funciones parentales, velando de esta manera por el derecho a la igualdad.⁶⁹

La guarda y custodia compartida aparece regulada en el artículo 92 CC, en sus apartados 5, 7 y 8; en los que establece que dicho modelo de guarda tendrá cabida en tres situaciones: en primer lugar, cuando lo soliciten los padres a través del Convenio Regulator, en segundo lugar, cuando se encuentren en un proceso contencioso y lleguen a un acuerdo sobre la custodia compartida, y en tercer lugar, cuando lo inste una sola de las partes, sin ser necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal, derivado de la inconstitucionalidad declarada por el TC.

El artículo rechaza la idea de que pueda ser adoptada bien a instancia de oficio, es decir, por el Juez, sin que nadie lo solicite, y también lo rechaza cuando ambos progenitores pidan la custodia exclusiva para sí mismos, por lo que ambos estarían dispuestos a tener la guarda de los menores de manera exclusiva, y por ende, podrían estar dispuestos a la custodia compartida. Si bien, estas opciones no las regula el artículo 92 CC, pudiendo darse

⁶⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p 97.

de esta manera situaciones en las que el Juez no pueda optar por la custodia compartida aun cuando se protegiera de esta manera el interés superior del menor.

Si bien es cierto, que durante muchos años, y a día de hoy sigue siendo así, los tribunales han optado mayoritariamente por la custodia exclusiva, generalmente sobre la madre (pese a que la custodia compartida se encuentre regulada expresamente), con una tendencia cada vez más amplia de la opción de guarda compartida. Pese a ello, debe entenderse que la custodia alterna, “no se trata 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”.⁷⁰

Lo cierto es que los datos paulatinamente van evolucionando, y cada vez, en mayor medida, se solicitan las custodias compartidas, encontrándose en auge este modelo, pese a que aún queda un largo trayecto hasta lograr que se equiparen a las custodias exclusivas. De esta manera, podemos observar la evolución de las custodias exclusivas de las madres, de los padres y compartidas desde el año 2009 al 2016 con carácter nacional:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	
T.N.	2918	3076	2961	5384	2804	2838	2586	2562	Padres
	44048	45284	44887	41564	38360	39116	35387	33522	Madres
	5046	5695	6729	8079	9032	11401	12469	14377	Compartida

Tabla obtenida de los datos publicados por el CGPJ.

De aquí observamos que aunque las custodias exclusivas siguen siendo de las madres preferentemente, se observa un aumento considerable de las custodias compartidas, que se encuentran en auge, y que irá evolucionando hasta convertirse ésta en la regla general.

⁷⁰ STS de 25 de abril de 2014 (RJ: 2651).

Es cierto que la regulación tiene carencias, puesto que no habla de ciertos elementos esenciales, tales como los alimentos, la vivienda familiar, los tiempos de convivencia, los criterios a tener en cuenta, etc, que se han ido desarrollando de manera jurisprudencial.⁷¹

Y es por ello, que es necesario referirse al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, que supondría de nuevo un hito en la regulación de la guarda y custodia, y que está elaborado en base a los textos autonómicos que posteriormente estudiaremos, y de la jurisprudencia, que pretende lograr que el derecho de familia se ajuste a la realidad social.⁷²

En primer lugar, lo que pretende es eliminar ciertas expresiones como: régimen de visitas, guardador, progenitor custodio, e introducir otros conceptos novedosos tales como: periodos de convivencia, régimen de estancia, corresponsabilidad en el cuidado de los hijos.

Lo que pretende es que se acuerde un plan de ejercicio de la patria potestad, y de esta manera serán los padres quienes expresan cómo van a ejercer sus responsabilidades, organizándose así como más les convenga. Dichos acuerdos tendrán carácter prioritario siempre que no supongan un perjuicio para el menor.⁷³

A su vez, el Anteproyecto pretende eliminar el carácter excepcional de la custodia compartida, siendo el Juez quien determine cuál es la opción más beneficiosa para el menor, pudiendo decantarse por la custodia compartida incluso cuando ninguno de los dos progenitores la solicitase, pero únicamente cuando ésta sea la única opción que protege al menor.

Para que el Juez pueda optar por este modelo, se regularán los criterios que el órgano debe tener en cuenta a la hora de fijar una custodia u otra, los cuales no son otros que los ya estudiados, puesto que los extrae de la jurisprudencia y de las legislaciones

⁷¹ IBERLEY. “Custodia compartida. Paso a Paso: Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja”. Colex, 2021, p 18.

⁷² ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 201-205.

⁷³ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp 101-102.

autonómicas, tales como: las relaciones de los padres entre sí, su aptitud, la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral, cercanía de sus domicilios, etc.⁷⁴

Se introduciría el artículo 92 bis, en el que se pretende que desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia individual, pero sin establecer la custodia compartida como preferente, sino que sería el propio Juez quien determinase cuál es la opción que ha de elegirse, en función de las circunstancias concretas (tal y como se indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley). A su vez, le da especial importancia al contacto diario con ambos progenitores, así como mantener el estrechamiento de las relaciones con familiares y allegados.

Como última anotación desde el punto de vista de la evolución, a partir de 2005 debe tenerse en cuenta un novedoso hito, haciendo alusión a la Ley 8/2021, de 2 de junio. No obstante, en dicho trabajo no ha sido tenida en cuenta.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que modifica preceptos citados en el trabajo y relacionados con éste, tales como el artículo 81, 91, 94, 96. 156 de CC, entra en vigor el 3 de septiembre de 2021, a los 3 meses de su publicación en el BOE.⁷⁵

Por tanto, debido a que en el momento de la presentación del trabajo, la regulación anterior sigue vigente, he trabajado manteniendo dicha regulación.

2.1.3. Modalidades autonómicas.

Una vez analizada la regulación del ordenamiento jurídico español, es necesario referirse a las distintas regulaciones autonómicas con sus particularidades.

2.1.3.1. Aragón.

La Ley que regula en Aragón los efectos de la ruptura en relación con los hijos, es el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

En dicha ley se observa el término de autoridad familiar, considerada como función que se atribuye a los progenitores como vía para cumplir los deberes de crianza y

⁷⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 204-205.

⁷⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

educación. Con el Decreto se pone fin a la preferencia por la custodia exclusiva, teniéndose en cuenta tanto el pacto de relaciones familiares, como una serie de criterios (edad del menor, arraigo social y familiar, opinión de los menores, etc.) para poder optar por la custodia compartida.

Se aboga porque ambos progenitores cumplan con el derecho de contacto directo entre padres e hijos, así como la participación equitativa en las decisiones de interés del menor, y que ambos se encuentren en una situación de igualdad.⁷⁶

Los progenitores, tras la ruptura y ante la demanda de divorcio, realizarán un pacto de relaciones familiares, en el que se debe incluir, el régimen de convivencia y de visitas, las relaciones con hermano, abuelos y allegados, la atribución de la vivienda familiar, y el porcentaje con el que participa cada progenitor a los gastos. Con el fin de llegar a un acuerdo y de elegir aquella opción más beneficiosa tanto para ellos, como para el menor, podrán acudir a mediación.⁷⁷

2.1.3.2. *Valencia.*

La ley que regulaba la custodia compartida era la Ley 5/2011, de 1 de abril, la cual asentaba que la regla general debía ser que se otorgase la custodia compartida, si no se presentaba ningún perjuicio para el menor. Si bien, el TC declaró su inconstitucionalidad, a través de la Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016, puesto que carecía de competencias para regular el derecho de familia.

Si bien, analizaremos dicha Ley, para observar la evolución que suponía dicha ley en comparación al CC español.

En la Exposición de Motivos de la Ley, aludía al principio de coparentalidad, el derecho de crecer y vivir con los dos progenitores y tener contacto directo, así como el derecho a mantener relaciones con sus hermanos, abuelos y allegados.

De igual manera que en Aragón también se regula la idea de un pacto para la convivencia familiar, que debe incluir unos parámetros, tales como el régimen de convivencia, el de relación con hermanos, atribución de la vivienda, y la participación a los gastos, siendo posible que dicho pacto pudiese sufrir alteraciones. En el caso en que el

⁷⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 195.

⁷⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 196.

acuerdo no existiese, sería el Juez quien determinaría qué modelo de guarda establecer en función de las circunstancias de cada familia, teniendo en cuenta, la edad, opinión de los menor, arraigo social, etc.

Por tanto, observamos cómo se da una regulación muy semeja a la que podíamos tener en Aragón. No obstante añade que se podrá realizar controles de la situación de la familia, con el fin de asegurarse de que el modelo establecido es el modelo que debe seguir permaneciendo, o por el contrario, debe modificarse.⁷⁸

2.1.3.3. País Vasco.

País Vasco, es la comunidad autónoma con la Ley más moderna en relación con las relaciones familiares tras las crisis matrimoniales, siendo regulada dicha materia por la Ley 7/2015, de 30 de junio.

En su artículo 4, regula que se puedan establecer pactos en previsión de la ruptura, que serán realizados durante el matrimonio, debiendo incluir el ejercicio de la responsabilidad parental, cómo se distribuyen las cargas, así como la atribución de la vivienda. Para que tenga efectos, dicho pacto deberá ser inscrito, y el juez podrá obligarles a acudir a mediación para que logren un acuerdo. De no ser así y no llegar a un acuerdo, será el Juez quien decida.

En el Convenio deberán acordar una serie de elementos, como la forma de la educación, los periodos que el menor pasa con cada progenitor, lugares de residencia, y de intercambio de los menores, atribución de la vivienda, etc. en base a ello, y a la hora de adoptar la custodia, se tendrá en cuenta el número de hijos, la actitud del menor con sus padres, el arraigo social, y familiar, etc.⁷⁹

2.1.3.4. Navarra.

En la presente Comunidad, aparece regulada esta materia en la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, en cuyo artículo 2 establece que el modelo de guarda se hará atendiendo siempre al interés del menor y a la igualdad de los progenitores.

⁷⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 197-198.

⁷⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 199.

Para lograr que los progenitores lleguen a acuerdos y que se establezca aquello que sea mejor para todas las partes, el gobierno de la Comunidad Autónoma provee de un servicio público de mediación para que lleguen a pactos y de esta manera reducir el impacto que pudiese sufrir el menor.

Nuevamente, a la hora de acordar la custodia compartida, que siempre se hará garantizando la igualdad de los progenitores y teniendo en cuenta los intereses de cada familia, deberán darse una serie de criterios, como son el arraigo social, relaciones entre progenitores, voluntad de los padres e hijos, etc.⁸⁰

2.1.3.5. *Cataluña.*

La ley que regula la guarda y custodia de los menores es la Ley 25/2010, de 29 de julio.

Cuando los progenitores sean capaces de llegar a un acuerdo realizarán el plan de parentalidad, de esta manera se determinará cómo se van a distribuir entre ambos las responsabilidades relativas a la guarda de los menores. El plan, debe contener una serie de cuestiones, como el lugar donde vivirá e menor, las actividades que cada progenitor llevará a cabo, cómo se realizará el cambio de progenitor, régimen de vacaciones, tipo de educación, etc. Debido a que el contenido es bastante completo, no dará lugar a que en la práctica puedan suscitarse problemas. Con la finalidad de que realicen este pacto, tendrán la posibilidad de acudir tanto a una mediación judicial como extrajudicial.⁸¹

En todo caso, los pactos serán comprobados, y solo se rechazarán en caso de que perjudique al menor, o por razones de orden público, por ende, la custodia compartida se entiende como el modelo a seguir salvo situaciones en las que se menoscabe al menor.

Por tanto, como observamos, dichas CCAA, aguardan regulaciones similares, abogando por la custodia compartida, yendo un paso más adelante que la regulación estatal. Siendo la propia jurisprudencia española quien utiliza los criterios de dichas legislaciones autonómicas.

⁸⁰ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 200.

⁸¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 193-194.

2.2. CONCEPTO.

Tras la reforma del derecho de familia que se produjo en 2005, en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 15/2005, de 8 de julio, comenzó a regularse la custodia compartida en el art 92 CC, tal y como hemos indicado anteriormente. Vinculándose también a los artículos 39.2, 3 y 4 CE, puesto que los poderes públicos deben asegurar el beneficio e interés de los niños menores de edad, y en aras a esa protección, se reguló la custodia compartida para así asegurar el óptimo desarrollo de los menores.⁸²

Consistente en la dualidad de la guarda y custodia en ambos progenitores, alternándose los cuidados de los hijos, pasando ambos por la posición de custodio y no custodio, de manera sucesiva.

Es decir, se trata de la participación de ambos progenitores en el proceso de crianza y desarrollo de sus hijos al establecer un régimen de convivencia equitativo. Supone la coparentalidad, que se trata de la equiparación real de las responsabilidades de ambos progenitores en las tareas de los hijos, logrando así un equilibrio.⁸³

Cabe señalar que los motivos de la reforma no se debieron únicamente al aumento del número de divorcios, a las reivindicaciones de las asociaciones de padres, ni a la vuelta de la mujer al mundo laboral, ni tampoco a la mayor implicación de los padres en la educación y cuidado de sus hijos⁸⁴, tal y como hemos venido señalando, sino que la razón radica esencialmente en el adecuado desarrollo de la personalidad y de la madurez del menor, estando constatado que dicho desarrollo se llevará a cabo de forma más adecuada tras la convivencia con ambos progenitores y manteniendo así relaciones estrechas con

⁸² ROMERO COLOMA, A.M. “La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria”. Madrid, Reus, 2011, p 9.

⁸³ IBERLEY. “Custodia compartida. Paso a Paso: Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja”. Colex, 2021, p 17.

⁸⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Criterios de atribución de la custodia compartida”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 6.

ambos;⁸⁵ no provocando de esta manera que el menor sólo tome como figura a uno sólo de los progenitores, evitando así el distanciamiento con el no guardador.⁸⁶

Por todo ello, y por la situación cambiante y la necesidad de tener que adaptar la ley a la realidad actual, se reguló la custodia compartida.

No obstante, el Código Civil se centró más en darle un concepto negativo que en positivarlo, puesto que se centra más en decir en qué situaciones no deben decantarse por la custodia compartida, que en determinar cuándo sí debe darse ésta.⁸⁷

Aunque popularmente lo conozcamos como “custodia compartida”, se trata de un término mal empleado, puesto que la guarda no la comparten, sino que la alternan, y es por ello que el término correcto debería ser “custodia alternativa”.

Pese a que teóricamente este modelo se encuentra en posición de igualdad respecto a la custodia exclusiva, esto no es así ya que para que pueda darse la custodia compartida, se han de cumplir una serie de requisitos que no se exigen para el otro modelo de guarda⁸⁸. Requisitos legales y materiales que desarrollamos más adelante pero que es necesario señalar que aparece regulado en el artículo 92 CC, y tal y como aparece en el precepto podrá ser acordado de mutuo acuerdo por los cónyuges, o bien a solicitud de una de las partes. Por tanto, para que se dé este tipo de guarda deberán darse esos requisitos, además de los presupuestos materiales necesarios para la viabilidad de este tipo de custodia, tales como, la buena predisposición de los padres, es decir, buena conducta tal y como indica el TS: “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, que no se perturben su desarrollo emocional”⁸⁹, buena relación con los hijos, disponibilidad horaria, proximidad de los domicilios, etc. teniéndose en cuenta la

⁸⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 153-157.

⁸⁶ SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 (AC: 4941).

⁸⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Criterios de atribución de la custodia compartida”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 6.

⁸⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Criterios de atribución de la custodia compartida”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 6.

⁸⁹ STS de 30 de octubre de 2014 (RJ: 5268)

voluntad de los menores siempre que tengan doce años o la madurez suficiente (presupuestos que expondremos más adelante).

Por todo ello, se exige que haya un respeto entre progenitores en aras a la viabilidad de la custodia compartida, pero no se exige una buena relación en tal sentido, como indica el TS: “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente, así como unas habilidades para el desarrollo...”⁹⁰

Aunque el régimen de visitas en la custodia exclusiva cada vez sea más amplio, no ha de confundirse con esta modalidad, en la que la guarda recae en ambos progenitores.

Después de haber señalado cuándo sí procede la custodia compartida, también hay que aludir a cuándo no procede, tal y como indica el art. 92.7 CC, que será (además de cuando no se cumpla con los requisitos legales, o aun dándose éstos no se cumplan los presupuestos fácticos) en aquellos casos en los que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, moral... De igual manera que si se tratase de violencia de género, puesto que deben vivir en un ambiente sin violencia y con total libertad. Si bien esto no tiene carácter absoluto, como veremos más adelante, y habrá que atender a las necesidades del menor.

Se deduce que la custodia compartida, pretende provocar los menores perjuicios posibles para el menor, acusando lo menos posible el cambio de vida.

No obstante, frente a las distintas ventajas que podemos encontrar en este modelo para el interés superior del menor, cabe señalar que no siempre es así, y por ello no tiene un carácter absoluto, sino todo lo contrario, se trata de una cuestión puramente casuística, siendo necesario estar a cada caso concreto, cada circunstancia, familia y necesidades del menor, para valorar qué es realmente lo más favorable.

Debido a la variedad de situaciones que podemos encontrarnos en cada hogar, debemos observar también la pluralidad de modalidades que puede tomar la custodia compartida.

Nos encontramos con que los progenitores se van a alternar las posiciones, y en momentos diferentes ambos pasarán por guardador y por usuario del régimen de visitas, respetando en todo momento el cuidado que realiza el otro progenitor sin traspasar las

⁹⁰ STS de 11 de febrero de 2016 (RJ: 248)

líneas, ya que la guarda pertenece a ambos⁹¹; posicionándoles a ambos en situación de igualdad, con la garantía de poder ser educados por ambos, y a su vez recibir la misma responsabilidad, tal y como indica el TS: “debe existir “coparentalidad” de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura”.⁹²

Esta alternativa podrá ser diversa para poder adaptarse a las necesidades, y habrá dos opciones, bien son los hijos quienes permanecen en el hogar y los padres se trasladan o por el contrario, podrán ser los hijos quienes se desplacen a la vivienda del progenitor custodio.

A su vez, la asiduidad podrá ser diaria, semanal, por quincenas, mensual, trimestral, anual... (o de aquella manera que mejor les convenga, sin ser necesariamente por tiempos idénticos).

En relación con todo ello, hay que hacer alusión a la lactancia materna, puesto que en estos casos es lógico que sea la madre quien pase mayor espacio de tiempo con el bebé, debido a los cuidados especiales que necesita. No obstante, según se vaya haciendo mayor, la guarda irá ampliándose para el otro progenitor.⁹³

2.3. VENTAJAS E INCONVENIENTES.

La custodia compartida, no es apta en todas las situaciones, y deberá adoptarse cuando sea lo más conveniente.

En abstracto, podremos observar una serie de ventajas y desventajas propias de esta modalidad de guarda, independientemente de las circunstancias o del menor en concreto.

Se observa como en la balanza, se advierten muchas más ventajas que inconvenientes, ya que del lado de los beneficios observamos una larga lista: los hijos disfrutarán de ambos progenitores y de su compañía, siendo el modelo que más se asemeja a la manera de vivir de antes de la crisis matrimonial, supone una situación menos traumática y dramática, dejando a un lado los sentimientos de culpa, abandono, lealtad, abriéndose de manera más amplia los hijos a la situación que origina la separación. De igual

⁹¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 22.

⁹² STS de 11 de marzo de 2010 (RJ: 2340).

⁹³ DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”. Valladolid, Lex Nova, 2010. (PÉREZ MARTÍN, A.J.), p 202.

forma, se pone fin a la manipulación, puesto que ambos progenitores conviven con el menor y hay igualdad de condiciones, es decir, hay un reparto, tanto para lo idílico (la compañía y disfrute de los hijos) como para las responsabilidades, pues de esta manera ambos tienen el mismo tiempo para rehacer sus vidas.⁹⁴

Paralelamente se favorece la comunicación entre progenitores y el menor, evitando la idea errónea de que hay vencedores y perdedores.⁹⁵

A su vez, no se produce el distanciamiento de ningún progenitor y se fortalece tanto el mundo social como afectivo, puesto que tiene dos formas distintas de concebir la vida, y de esta manera se pone fin a la continua discusión de quién se queda con la custodia del menor.⁹⁶

Tal y como establecía el Informe de 1995 de la División 16 de la American Psychological Association ante la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar: “la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños”.

En tanto a las ventajas observadas, nos encontramos una serie de inconvenientes, que aluden a una cierta inestabilidad debido a los continuos cambios y a la diversidad provocada en su estilo de vida, así como problemas a la hora de adaptarse a los núcleos familiares, y dificultades a la hora de toma de criterios en situaciones del día a día del menor.

2.4. REQUISITOS PARA QUE PUEDA DARSE LA CUSTODIA COMPARTIDA:

La atribución de la guarda y custodia de los hijos, es uno de los problemas más delicados en los procedimientos matrimoniales, puesto que han de tenerse muchos factores en cuenta, a la hora de decantarse por una opción u otra, siempre en vistas a que la decisión tomada sea la más beneficiosa para el menor.⁹⁷

⁹⁴ SAP Barcelona (18ª) de 20 de febrero de 2007 (RJ: 101427)

⁹⁵ DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”. Valladolid, Lex Nova, 2010. (PÉREZ MARTÍN, A.J.), p 200.

⁹⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, pp 14-15.

⁹⁷ DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”. Valladolid, Lex Nova, 2010. (PÉREZ MARTÍN, A.J.), p 199.

Cuando se opte por la custodia compartida, deben darse una serie de requisitos legales, que vamos a analizar a continuación desglosando el artículo 92 CC.

2.4.1. Convenio Regulador.

Se puede acceder a la custodia compartida a través de dos vías; bien mediante el acuerdo de los padres tal y como establece el artículo 92.5 CC, el primero de los supuestos en el que puede darse la custodia compartida, es a través del mutuo acuerdo de los cónyuges, indicándolo así en el convenio regulador. Se trata de la opción preferente, puesto que se evitan costes, plazos y perjuicios innecesarios que puede suponer la vía judicial para el menor, es decir, la menos dañina, y la que en ningún momento sustentó problemas, puesto que en un primer momento se entendía que la única manera de decantarse por la custodia compartida era a través del mutuo acuerdo de los progenitores en el convenio regulador.

Si bien, tras ser elegida por los progenitores este modelo de custodia, el Juez a su vez podrá recabar información del Ministerio Fiscal, y escuchar a los menores (art. 92.6 CC) (pese a que no tiene por qué coincidir la voluntad del menor con el interés superior de éste) o recabar información de los especialistas (art. 92.9 CC), para determinar si realmente esta opción es la más beneficiosa para el menor, que es el elemento esencial. Pues bien, pese a que sea acordado por los padres, si tras escuchar a los menores, o tras el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el Juez entendiese que esta opción es perjudicial para los menores, no podría ser la custodia compartida la opción elegida.

Por el contrario, si esta opción ha sido elegida por los padres, y el Juez no observa en ningún momento que es perjudicial para el menor, no podrá negarse a esta opción.

2.4.2. Resolución Judicial.

La segunda opción por la que se puede acceder a la custodia compartida, es tal y como indica el artículo 92.8 CC a través del procedimiento contencioso, bien cuando una de las dos partes lo solicite con oposición del otro, o bien cuando durante el procedimiento las partes llegan a un acuerdo.

Este precepto alude a aquellos supuestos en los que no hay acuerdo de las partes, pues en ese caso, de igual forma que cuando lo establecieron a través de mutuo acuerdo, el Juez podrá optar por esta modalidad de guarda, pudiendo recabar en este caso también informes del Ministerio Fiscal, de los especialistas si fuera necesario, y oír a los menores. De ello, hay que señalar que en el caso en que se les diera audiencia a los menores, esto no

tendrá carácter imperativo, aunque sí se tendrá en cuenta, puesto que no siempre coincide la voluntad de los niños con su interés o beneficio.

Respecto al informe del Ministerio Fiscal, se declaró inconstitucional por el TC⁹⁸ la necesidad de un informe favorable para otorgar la custodia compartida, hay que señalar que los informes resueltos por esta figura, tienen carácter potestativo, es decir, pese a que recaben un informe desfavorable, podrá el Juez instaurar la custodia compartida cuando las circunstancias sean las oportunas. No obstante, sus informes serán tenidos en cuenta, puesto que buscan la protección del menor.⁹⁹

El juez no puede condicionar su resolución a un informe de otro órgano, en aras a la protección de la tutela judicial efectiva, pues tal y como indica la STC 185/2012, de 17 de octubre: en aquellos casos en los que el Ministerio emite informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional otorgada exclusivamente al Poder Judicial. Pues la diferencia de sus actuaciones radica en que las del Juez pueden ser revisadas, modificadas o revocadas a través de los distintos recursos, mientras que los dictámenes desfavorables del Ministerio Fiscal son irrecurribles.

2.4.3. Interés superior del menor.

Tal y como se observa, el principio rector del derecho de familia, y por ende de cualquier medida que esté relacionado con los menores, es la protección del menor, que es preferente y que no debe colisionar con ningún otro criterio o principio.¹⁰⁰

A la hora de decidir el modelo de custodia, ya sea la custodia exclusiva como la compartida, y dentro de ésta por mutuo acuerdo de los progenitores, o a instancia de uno solo de ellos, deberá velarse en todo momento por el interés del menor, y estará supeditada el tipo de custodia a las necesidades del niño, con la finalidad de lograr su formación integral y su integración tanto a nivel familiar como social. Por tanto, cuando cualquiera de los modelos de guarda no protejan al menor, no podrá ser atribuido.

⁹⁸ STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

⁹⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 162-163.

¹⁰⁰ DELGADO DEL RÍO, G. “La custodia de los hijos: la guarda compartida, opción preferente”. Civitas-Thomson Reuters, 2010, p 88.

La protección del menor se ha podido observar en diferentes textos normativos, tales como el artículo 39.2. CE: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...”

Así como el art 159 CC: “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.”

También se observa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que establece en la Exposición de Motivos que “toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor y no interferir en su vida escolar, social o laboral”.

Por último cabe señalar a su vez, la definición que da el TS al interés superior del menor, que lo concibe como: “la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.”¹⁰¹

La Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que el interés del menor debe examinarse teniendo en cuenta tres aspectos: en primer lugar, desde la vertiente del derecho sustantivo, es decir, para llegar a la resolución los derechos del menor han debido de ser evaluados y valorados. En segundo lugar, desde su carácter interpretativo, es decir, las disposiciones deben interpretarse adaptándose a cada caso concreto; y en tercer lugar, el interés del menor debe

¹⁰¹ STS de 17 de junio de 2013 (RJ:4375).

ser el elemento culmen a la hora de tomar la resolución final.¹⁰² Para poder obtener aquello más beneficioso se tendrá en cuenta una serie de criterios, entre los que se encuentran, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, sus deseos, sentimientos y opiniones, así como el desarrollo de su vida en un entorno familiar estable y adecuado, entre otros muchos que podrán tomarse en consideración.

2.4.4. Informe favorable del Ministerio Fiscal.

A la hora de atribuir la custodia compartida, el Juez recabará informes del Ministerio Fiscal, para que determine si realmente la opción de la custodia compartida es beneficiosa para el menor. Con independencia de que la custodia haya sido acordada por mutuo acuerdo, o a instancia de uno solo de ellos, la resolución emitida por el Ministerio Fiscal no tendrá carácter vinculante.

Es decir, no es necesario que el informe sea favorable (estemos ante Convenio Regulador o procedimiento contencioso) para que el Juez determine que la custodia más adecuada sea la compartida. Y esto es así, debido a la inconstitucionalidad declarada, anteriormente citada, ya que de no ser así, supondría limitar la condición decisoria del Juez.¹⁰³

Si bien, pese a que no tenga un carácter preceptivo, sí que son trascendentales los informes que recabe dicho órgano, puesto que se centra en determinar si se dan las condiciones convenientes para la custodia compartida y vela por determinar qué es lo más beneficioso para el menor, teniendo por ende sus resoluciones carácter discrecional.

2.4.5. Audiencia de los menores.

El propio artículo 92.2. CC. establece que “el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”.¹⁰⁴

¹⁰² IBERLEY. “Custodia compartida. Paso a Paso: Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja”. Colex, 2021, p 13.

¹⁰³ DELGADO DEL RÍO, G. “La custodia de los hijos: la guarda compartida, opción preferente”. Civitas-Thomson Reuters, 2010, p 87.

¹⁰⁴ Artículo 92.2. CC.

Así como el artículo 770.4. LEC: “cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años”.¹⁰⁵

El artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, establece: “el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia (...) teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.¹⁰⁶

En primer lugar, hay que distinguir entre derecho a ser “oído”, refiriéndose a que un tercero puede escuchar la voluntad del menor, y derecho a ser “escuchado”, siendo el propio niño quien decide dar su voluntad¹⁰⁷.

Es vital, que el menor reciba la información en un lenguaje que se adapte a su edad y madurez, pudiendo intervenir en los procedimientos siempre que tengan 12 años, o aun cuando no la tengan, se aprecie madurez suficiente.

Hay que diferenciar entre los procedimientos contenciosos; el menor siempre que tenga 12 años declarará en el juicio (artículo 770 LEC), mientras que si se trata de un procedimiento de mutuo acuerdo, el menor solo intervendrá cuando lo solicite el órgano judicial, los progenitores o el propio menor (art 777 LEC). Siempre concebido desde la perspectiva de derecho, y no de deber.

A la hora de valorar y determinar la custodia, el Juez debe apreciar fehacientemente todas las pruebas que tenga bajo su poder, añadiendo las exploraciones que haga a los menores que deberán darse en las condiciones idóneas para poder proteger sus intereses, sin que otras personas pudiesen obstaculizar y acudir a especialistas cuando fuere necesario¹⁰⁸. A su vez, deben asegurarse de que la voluntad del menor no esté supeditada bajo ninguna presión o amenaza¹⁰⁹. Y es por ello, que la audiencia debe darse en un lugar cómodo para el menor, sin la presencia de sus padres que podría ser un gran condicionante,

¹⁰⁵ Artículo 770.4. LEC.

¹⁰⁶ Artículo 9 LOPM.

¹⁰⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J. “tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que les afecten”. Derecho privado y constitución, nº 19, 2005, p 167.

¹⁰⁸ DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”. Valladolid, Lex Nova, 2010. (PÉREZ MARTÍN, A.J.), p 199.

¹⁰⁹ DELGADO DEL RÍO, G. “La custodia de los hijos: la guarda compartida, opción preferente”. Civitas-Thomson Reuters, 2010, p 94.

y con la intervención del Ministerio Fiscal, puesto que debe cerciorarse a través de escucharlos e interrogarlos, que sus deseos se acercan a lo que realmente les conviene tal y como establece la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, en su artículo 18: “cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, el Juez o Secretario judicial, podrán acordar que la audiencia se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal”.

El derecho a ser oídos, debe entenderse en todo momento como derecho que es (derecho fundamental), y no como una obligación o deber, puesto que en ningún momento se le puede exigir al menor que exprese sus opiniones en contra de su voluntad o provocarle perjuicios, tal y como se establece en la resolución del TJUE: “su presencia física ante el Juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto.”¹¹⁰ Si bien, cuando el menor exprese su decisión, deberá tenerse en cuenta por parte del Juez, y tendrá un carácter importante. De igual manera, cuando el Juez considere que tal derecho es perjudicial para el interés del menor, podrá rechazarlo, siempre motivando su resolución debidamente, tal y como se observa en la SAP de Valladolid.¹¹¹

No obstante, puede ser que la decisión del menor haya podido ser condicionada por uno de los progenitores o porque sienta que defrauda a alguno de ellos, o tal vez, que el deseo que expresa el niño no sea lo que realmente más le conviene, y debido a ello, el Juez no estará en la obligación de seguir su juicio, ya que la voluntad que expresa el menor, no es vinculante para el órgano judicial, sino que tiene un carácter potestativo.

2.4.6. Informes psicológicos o de especialistas.

El propio artículo 92 CC en su apartado 9 indica que se podrá recabar dictámenes de especialistas. Y ello es bastante habitual, puesto que a la hora de determinar lo que más les conviene a los menores, el Juez debe asegurarse y para ello cuenta con los informes que

¹¹⁰ Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 TJCE 2010/410.

¹¹¹ SAP de Valladolid de 11 de septiembre de 2006 (JUR 252090).

emitan dichos especialistas, que podrán pertenecer al Juzgado de Familia, o ser profesionales presentados por las propias partes.¹¹²

Si bien, pese a que se trata de profesionales especializados en la materia, con plenos conocimientos para saber qué opción es la más correcta, sus informes tampoco son vinculantes para el Juez, y no tiene por qué ser aceptado por éste cuando conste que se trate de medidas perjudiciales para el menor.

2.5. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO ESENCIAL.

Como ya se ha venido desarrollando a lo largo del trabajo, el principio general por el que se rigen las crisis matrimoniales, es el del interés superior del menor, por tanto, todas aquellas decisiones o medidas que puedan ser tomadas tanto por los progenitores, como por las autoridades públicas, deberán respetar el interés del niño por encima de cualquier otro principio o criterio que pudiese entrar en juego.¹¹³ Por tanto, dicho principio debe tenerse en cuenta a la hora de adoptar el modelo de guarda, puesto que se optará por aquél que menos perjudique al menor, tal y como indican los Tribunales: “el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia.”¹¹⁴ Por tanto, los intereses de los niños, prevalecen al de los padres, y por ello no deben interponerse los deseos individuales o egoístas de los padres, a las necesidades de los hijos, tal y como se extrae de esta sentencia: “...todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de éstos las que determinen las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bien de los hijos.”¹¹⁵

Tal importancia tiene dicho principio, que aparece regulado tanto en el ordenamiento interno, como por el ordenamiento internacional, a través de los Tratados y Convenios de los que España es parte.

¹¹² DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”. Valladolid, Lex Nova, 2010. (PÉREZ MARTÍN, A.J.), p 200.

¹¹³ RIVERO HERNÁNDEZ., F. “El interés del menor”. Dykinson, Madrid, 2007, pp 140-141.

¹¹⁴ SAP de León de 22 de febrero de 2008 (JUR: 166271).

¹¹⁵ SAP de Alicante de 16 de mayo de 2007 (JUR: 261098).

De esta manera, desde el punto de vista interno, nos encontramos con el artículo 39 CE, que establece: “los poderes públicos, aseguran asimismo, la protección integral de los hijos...” y de otro lado, viene regulado por la Ley de Protección Jurídica del Menor, en cuyo artículo 2 establece: “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.” Paralelamente, se determinan criterios para poder aplicar el interés de menor, como el derecho a la vida, integridad, que se desarrolle en un entorno familiar, etc. Así como establece ciertos criterios de ponderación del interés del menor, como edad, madurez, igualdad... regula el derecho a ser oído (y escuchado) como ya vimos anteriormente, y a motivar sus resoluciones.¹¹⁶

Respecto al ámbito internacional, hay que hablar de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, estableciendo en su artículo 3.1.: “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”. A nivel internacional, también se regula dicho principio tanto en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, como en la Carta de Derechos Fundamentales, que se integró en el Tratado de Lisboa.

No existe un concepto legal del interés del menor, debido a su considerable carácter abstracto, siendo necesario determinar en qué consiste ese interés así como averiguar qué es lo que más conviene a cada menor, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, con la desventaja de la gran inseguridad jurídica que eso puede suponer, puesto que queda al arbitrio del órgano judicial, y a la interpretación que pueda hacer sobre los elementos, y por otro lado, nos encontramos con el elemento positivo, y es que el interés del niño podrá ser moldeable y adaptarse a cada familia. Esa labor de los tribunales de la que hablamos, viene referida en una resolución jurisprudencial: “tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no

¹¹⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 36.

sólo a corto plazo sino en el futuro, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura del matrimonio o de la pareja. Por ello se hace preciso decidir la cuestión suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.”¹¹⁷

Alude a una serie de criterios, para que el juzgador pueda reconocer cuál es el interés, tales como satisfacer las necesidades materiales básicas o vitales, las espirituales y psíquicas, atender a sus deseos, opiniones y convicciones, tener todas las circunstancias en cuenta, y valorar los riesgos.¹¹⁸

Es vital el interés del menor, debido a que los niños son sujetos que no tienen capacidad decisoria, y son los sujetos que les representan, quienes ejercen sus derechos, y quienes deciden por ellos. Por ello, es necesario una protección especial para garantizar sus derechos, pues no son ellos quienes deciden por sí mismos.¹¹⁹

Pese a que se deja libertad a los progenitores a la hora de determinar el modelo de guarda que se va aplicar, existe un límite que es el interés del menor, y cuando éste no se garantice o salvaguarde, los tribunales denegarán el modelo elegido, velando en todo momento por el menor.¹²⁰

¹¹⁷ SAP de Ciudad Real de 17 de octubre de 2016 (JUR: 251915).

¹¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ., F. “El interés del menor”. Dykinson, Madrid, 2007, pp 279-281.

¹¹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p 15.

¹²⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p 19.

No obstante, la interpretación que realizan los tribunales ha de ser en todo momento taxativa en función de las circunstancias, y debe acreditarse de manera fehaciente, que existe realmente un riesgo, un peligro, una desventaja...¹²¹

Si bien, el contenido del principio del interés superior del menor requiere garantías procesales como sujetos de derechos fundamentales que son, lográndose a través del derecho a ser oído, (ya desarrollado en el epígrafe anterior, en función de su edad y madurez e informándole con una lenguaje adecuado para su comprensión), y gracias a la motivación de las resoluciones de los tribunales, que tienen que justificar no simplemente sus fallos, sino también justificar por qué esa decisión es la más beneficiosa para el menor.

Dejando a un lado ello, observamos como la jurisprudencia del TS, se decanta por determinar que lo más beneficioso para el menor es la custodia compartida (puesto que se garantiza la relación con ambos padres), declarándose una medida no solo no excepcional, sino deseable,¹²² evidentemente siempre atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, pues aunque se cumplan todos los requisitos objetivos propios de la custodia compartida, puede ser que tal guarda sea perjudicial para el menor, y por el contrario, pueden darse las circunstancias de que determinados requisitos no se cumplan, y sin embargo, la custodia compartida sea la más beneficiosa para el menor, y no para sus progenitores.

Paralelamente, el TS también considera que lo más beneficioso para el menor es mantener las relaciones personales, no solo con sus progenitores, sino también con sus familiares y allegados, debiendo excluirse simplemente en aquellos casos perjudiciales para el menor, puesto que favorece el equilibrio del niño, así como su desarrollo,¹²³ de igual forma, en la búsqueda de proteger al menor, se garantizará siempre una vivienda al menor (que es el interés familiar más necesitado de protección).

¹²¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p 18.

¹²² CABEDO MALLOL, V y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp 93-94.

¹²³ CABEDO MALLOL, V y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p 97.

3. CRITERIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA EL DESARROLLO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA:

Junto a los requisitos legales, es necesario que concurren una serie de presupuestos materiales para que se dé la viabilidad de la custodia compartida, debiendo ser sopesados todos ellos de manera conjunta para que se determine la aptitud de la custodia compartida. Entre esos presupuestos se encuentran:

3.1. APTITUDES PERSONALES DE LOS PROGENITORES.

Se requiere predisposición por parte de ambos progenitores para el diálogo, y los acuerdos para que la custodia compartida pueda desenvolverse en condiciones adecuadas. Si bien, no tiene por qué haber acuerdo por parte de los progenitores en que ambos quieran la custodia compartida, puesto que puede querer uno de ellos la custodia individual y otro, la custodia compartida y eso no supone que incumplan con las condiciones y que no sean capaces de llegar a acuerdo para que se desarrolle la custodia compartida.

En relación a ello, hay que señalar que no es necesaria una relación armónica, sin conflictos, pues esto dista bastante de la realidad. Lo que se requiere, es voluntad de las partes para que se llegue a acuerdos, y para que las tensiones sean las menos posibles. Tal y como deducimos del TS: el hecho de que los progenitores no se encuentren en una situación idílica es lo habitual. Para que estos conflictos aconsejasen que no se adoptase la custodia compartida sería necesario un nivel de enfrentamiento mayor, suponiendo de esta manera perjuicio para el menor.¹²⁴ De igual forma que observamos en otra resolución del TS en la que determina que procederá la guarda alterna si el nivel de tensión no rebasa de lo habitual en una ruptura.¹²⁵

Por tanto, lo que se observa es que no se requiere una relación estrecha, sin problema entre los progenitores, sino lo que se busca es el respeto y el diálogo para hacer posible este tipo de guarda. Tal y como establece el TS¹²⁶: “no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor y unas habilidades para el diálogo que se presumen existentes en los padres”.

¹²⁴ STS de 27 de junio de 2016 (RJ 3717).

¹²⁵ STS de 17 de diciembre de 2013 (RJ: 74).

¹²⁶ STS de 16 de febrero de 2015 (RJ: 564).

Por el contrario, cuando estas discrepancias pudiesen perjudicar al menor, fuera una situación improcedente para el hijo, y las tensiones fuesen elevadas, se optaría por la custodia exclusiva, como observamos en la resolución del TS¹²⁷ en la que se determina que lo más conveniente para los niños es la atribución monoparental a la madre, en lugar de la custodia compartida. Por tanto, cuando la relación entre los progenitores sea pésima, y conflictiva, y el modelo de guarda generaría sucesivos problemas, se optará por la custodia individual.

Cuando estemos ante violencia doméstica, actitudes agresivas, alcoholismo, u otro tipo de adicción, el progenitor no podrá tener la custodia de los padres¹²⁸ tal y como se deduce del TS: al imposibilitar el ejercicio compartido de la función en razón del interés de los hijos comunes.¹²⁹ Si bien, esto no es del todo cierto.

Respecto a la violencia de género cabe hacer un paréntesis. Aunque del artículo 92.7 CC podemos extraer que la guarda y custodia compartida, se trata de una modalidad incompatible con la violencia de género o la violencia a menores, la jurisprudencia se ha ido flexibilizando, y habrá que atender a una serie de criterios para determinar si es viable o no la custodia compartida.

Las regulaciones autonómicas han seguido también una tendencia flexibilizadora, pues en el País Vasco, se regula que para que pueda darse la prohibición de la guarda compartida, será necesario la condena penal firme por delitos de violencia de género o doméstica, de igual manera que lo establece Cataluña. En Navarra, se indica que no es válida la mera denuncia, de igual manera que establece Aragón, al advertir que serán necesarios indicios fundados de dicha violencia.

Los tribunales estatales han establecido que las situaciones de violencia son incompatibles con las relaciones sosegadas entre los progenitores, criterio que se ha venido exigiendo para la concesión de la custodia compartida.

De todo ello, podemos concluir que por el mero hecho de que exista violencia en el domicilio no se excluye directamente la guarda compartida, ni si quiera la guarda individual para dicho progenitor, sino que como siempre, habrá que atender a las circunstancias

¹²⁷ STS de 7 de junio de 2013 (RJ: 3943).

¹²⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 176.

¹²⁹ STS de 4 de febrero de 2016 (RJ: 260).

concretas de cada caso, y velar siempre por el interés del menor. Entre los criterios a tener en cuenta, se encontraría la gravedad de los hechos y el tipo penal, la reiteración, la presencia del menor en dichos actos, antecedentes, opinión de los menores, así como que la mera denuncia no es elemento suficiente.¹³⁰

Respecto al régimen de estancias y comunicación en casos de violencia, en los últimos años, la jurisprudencia tiende a restringirlos, interviniendo en muchas ocasiones los puntos de encuentro familiar.

Dejando a un lado la violencia, en relación con a la aptitud de los padres, es necesario aludir a la necesidad de un modelo educativo similar por parte de ambos progenitores, puesto que de no ser así sufriría continuos cambios, y problemas a la hora de adaptarse a la alternancia, yendo en detrimento de su propio desarrollo e interés.

De igual manera, es necesario que la implicación pasada, es decir, la dedicación a los hijos constante matrimonio fuera similar, no necesariamente idéntica, es decir, para el buen funcionamiento de la custodia compartida, es necesario que ya existiera una implicación real por parte de ambos progenitores. Por el contrario, cuando uno de los dos exclusivamente ocupaba la labor de cuidado y educación se optará por denegar la custodia compartida, como observamos en sentencia del TS.¹³¹

3.2. PROXIMIDAD DE LOS DOMICILIOS.

Para que pueda optarse por la custodia compartida, se requiere proximidad entre los domicilios de ambos progenitores, puesto que el menor se desplazará entre ambas viviendas, y se requiere que se mantenga ciertos puntos de referencia en común, tales como el colegio, pediatra, actividades, amistades, etc.¹³² de no ser así, y modificar todas estos elementos cada vez que se alterna, sería ir en contra del beneficio del menor, ya que provocaría problemas emocionales en el menor, así como desarraigo en sus relaciones sociales. Tal y como establece la Jurisprudencia: “domicilios en distintas localidades y no cercanas entre sí, no puede estar trasladándose a la menor cada pocos días, o aún varios

¹³⁰ IBERLEY. “Custodia compartida. Paso a Paso: Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja”. Colex, 2021, pp 87-88.

¹³¹ STS de 20 de abril de 2016 (RJ: 3664).

¹³² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Criterios de atribución de la custodia compartida”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 16.

meses, como propone subsidiariamente el demandante durante el curso escolar, pues ello implicaría que cada año que transcurra en su vida, cambie el colegio, los amigos, los vecinos....; la mera lógica y sin necesidad de utilizar la psicología nos dice que ello es perjudicial para un menor”.¹³³

Si bien, dicha cercanía puede moldearse en función de las circunstancias de cada familia, puesto que no es necesario que los domicilios se hallen a una determinada distancia, sino simplemente que sea posible que el menor mantenga los mismos vínculos de amistades, de colegio, y de aquellas actividades cotidianas del día a día.

Podemos observar como en función de los kilómetros los tribunales se decantan por una opción u otra, en función de la viabilidad del desplazamiento del menor, pues no es lo mismo desplazarse 20km que 50km cada día, como observamos en las sentencias: en la STS de 21 de diciembre de 2016 RJ 5998¹³⁴: se determina la denegación de la custodia compartida, por considerarse excesiva la distancia que tiene que desplazarle la menor hasta el colegio. Por el contrario, en la STS de 17 de febrero de 2017 RJ 483¹³⁵, sí se concede la custodia compartida, al considerar cercanos los domicilios (distancia entre Madrid y Coslada).

3.3. DISPONIBILIDAD DE TRATO DIRECTO EN EL PERIODO QUE LES CORRESPONDE (PROFESIONES).

Ha de tenerse en cuenta la disponibilidad que tienen los progenitores en los momentos en que son guardadores. Pues, en aquellas profesiones en las que se dan continuos desplazamientos, o requieren de mucho tiempo para sus trabajos, careciendo así de permanencia en la vivienda, y por ende, no siendo posible que dicho progenitor tenga un trato continuo directo con el menor en los periodos en que conviven, se tienda a optar por la custodia exclusiva. Tal y como se observa en STS de 22 de septiembre de 2017 RJ: 4868¹³⁶, en la que se desestima la custodia compartida, por la indisponibilidad del tiempo por parte del padre ya que hay: “mayor dedicación de la madre al cuidado de la menor, dado que el padre ha tenido que compatibilizar sus estudios de enfermería con el trabajo de ayudante de cocina y actualmente taxista”.

¹³³ SAP de Jaén de 2 de octubre de 2014 (RJ: 2095).

¹³⁴ STS de 21 de diciembre de 2016 (RJ: 5998).

¹³⁵ STS de 17 de febrero de 2017 (RJ: 483).

¹³⁶ STS de 22 de septiembre de 2017 (RJ: 4868).

Sin embargo, aunque lo idóneo sería una gran disponibilidad de los progenitores con sus hijos, no puede denegarse la custodia compartida simplemente porque uno de ellos tenga menor disponibilidad, (como se observa en la resolución del TS, en la que se asigna la custodia compartida pese a que el padre tiene menor disponibilidad que la madre¹³⁷), puesto que éste puede ser ayudado por familiares (abuelos), allegados o incluso terceros, para así hacer frente a sus obligaciones. Todo ello, siempre de manera proporcional, y dentro de unos límites, puesto que el progenitor tendrá que hacer frente a sus obligaciones también de manera directa, sin el apoyo de terceros, pese a que se pueda sentir apoyado en determinadas situaciones para poder cumplir con sus responsabilidades.¹³⁸ (Tal y como extraemos de la SAP Lugo de 5 de diciembre de 2018, en la que se confirma la custodia compartida, pese a que el padre es marinero, puesto que cuenta con el apoyo de los abuelos)¹³⁹.

3.4. MEDIOS MATERIALES SUFICIENTES (CAPACIDAD ECONÓMICA).

Para poder darse la custodia compartida, es conveniente que ambos progenitores tengan ingresos, para poder hacer frente a los gastos que surgen de la alternancia de la custodia de los menores, aportando ingresos de manera proporcional a su capacidad económica.¹⁴⁰

3.5. EDAD DE LOS HIJOS.

La edad de los hijos, no parece un elemento determinante respecto al modelo de guarda a elegir, siempre que tengan la edad suficiente como para gozar de un cierto grado de madurez que les permita comprender la realidad actual, sin desencadenarse ningún tipo de perjuicio. En relación a ello, la jurisprudencia establece un límite en relación a los lactantes, ya que consideran que alejar al menor de su madre, supondría un menoscabo para el bebé, que tiene un fuerte vínculo con la madre. A medida en que el menor vaya

¹³⁷ STS de 9 de marzo de 2016 (RJ: 972).

¹³⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, p 181.

¹³⁹ SAP Lugo de 5 de diciembre de 2018 (JUR: 24485).

¹⁴⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Criterios de atribución de la custodia compartida”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, p 16.

creciendo, el menor irá acercándose cada vez más al otro progenitor, hasta llegar al modelo normal de custodia compartida, como se observa en la SAP de Toledo de 9 de marzo de 2005¹⁴¹, en la que se establece pernoctas con el padre desde los dos años, y se irá ampliando de manera progresiva.

La edad de los menores determina la alternancia, a menor edad, mayor alternancia.

Por otro lado, es necesario aludir al número de hijos. Como ya desarrollamos anteriormente, siempre que pueda se evitará separar a los hermanos. No obstante, hay situaciones en las que uno de los hermanos tiene la custodia compartida, y el hermano menor (lactante) tiene la custodia en su madre, provocando así la separación de los hermanos cuando el hermano mayor conviva con el padre. Si bien, esto tendrá carácter temporal, y de manera progresiva se irán adaptando a la custodia compartida. Por ende, habrá que atender a cada caso concreto como venimos diciendo a lo largo del trabajo.

3.6. VOLUNTAD DE LOS MENORES.

En todos aquellos procedimientos que se adopten decisiones que afecten a los menores, tendrán derecho a ser oídos cuando tengan suficiente juicio, y siempre que tengan más de doce años. Si bien, que tengan derecho a expresar sus deseos, no quiere decir que sea el único criterio a tener en cuenta, puesto que deben valorarse todos los criterios de manera conjunta. De igual manera, cuando se inste un procedimiento de modificación de medidas, en virtud del artículo 775 LEC, la voluntad del menor se tendrá en cuenta cuando realmente las circunstancias hayan sido modificadas.

Si bien, como he dicho pese a que su decisión será tenida en cuenta y valorada de manera conveniente, no siempre se hará lo que ellos elijan (si bien, llevarles la contraria en edades cercanas a la mayoría de edad hace que en muchas ocasiones no cumplan con las resoluciones).

Por un lado, podemos observar cómo no cumplen con los deseos de los menores, tal y como se observa en la STS de 22 de septiembre de 2017¹⁴², en la que se opta por la custodia compartida, en contra de la voluntad del menor. Si bien, en la STS de 11 de febrero de 2016¹⁴³, en la que procede custodia compartida, se tiene en cuenta los deseos del menor.

¹⁴¹ SAP de Toledo de 9 de marzo de 2005 (JUR: 100631).

¹⁴² STS de 22 de septiembre de 2017 (RJ: 4731).

¹⁴³ STS de 11 de febrero de 2016 (RJ: 524).

4. OBLIGACIONES SURGIDAS:

Las medidas llevadas a cabo en relación con la guarda y custodia de los hijos, van a acarrear indiscutiblemente otra serie de medidas, relacionadas con la determinación de la obligación de alimentos, la atribución de la vivienda familiar y el régimen de estancia y comunicación, con independencia del tipo de custodia.

Cuando estemos ante una ruptura matrimonial, va a ser necesario acordar en las correspondientes demandas acerca de estas obligaciones:

4.1. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Dentro de los deberes inherentes a la patria potestad se encuentra el deber de habitación, tal y como indica el artículo 96.1. C.C.: “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge cuya compañía queden”.

Entendiendo por vivienda, el espacio físico, ocupado por la pareja y sus hijos, que suponen el núcleo de convivencia, lugar donde desenvuelven sus tareas del día a día.¹⁴⁴

Pese a que en las custodias exclusivas lo habitual es otorgarle la vivienda familiar al custodio, no siempre es así, ya que se permiten pactos entre los progenitores que establezcan lo contrario, y aun cuando no existieran dichos acuerdos, el Juez siempre que demuestre que el derecho de habitación del menor está garantizado, podrá otorgarle el uso de la vivienda al progenitor no custodio. El derecho de uso de vivienda, se otorga con independencia de quién sea el titular de ésta. Si bien, se debe inscribir en el Registro de la Propiedad para evitar injerencias de terceros de buena fe, para que haya conocimiento del derecho de uso, y de esta manera el titular de la propiedad no pueda disponer libremente de ésta.

La cuestión que nos atañe es la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, en los que el interés del menor es el más protegido.¹⁴⁵ Cuando el derecho de los menores quede resguardado, podremos estar ante modelos diferentes.

¹⁴⁴ MARTÍN NÁJERA, MT. “El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005”. Madrid, Dykinson, 2007, p 27.

En primer lugar, puede darse la situación en la que el uso de la vivienda se le otorga al menor, y son los padres quienes se van desplazando. Por tanto, el uso de ésta corresponderá al menor y al cónyuge guardador en cada periodo de alternancia, como es el caso de la sentencia en Primera Instancia nº 8 de Gijón de tres de octubre de 2008, AC 1963 en la que “la vivienda familiar sita en Camino de los Castaños se atribuye de forma exclusiva a los hijos, y por extensión y semestres alternos al progenitor que tenga la guarda y custodia” (con la ventaja de que los menores no se desplazan, y mantienen como núcleo familiar un único domicilio), y por otro lado, nos encontramos con la desventaja de la problemática de que los progenitores no pueden estabilizar su vida ni tener una vivienda fija, añadiendo los costes que supone mantener tres viviendas.¹⁴⁶

En segundo lugar, podemos estar ante la situación en que son los hijos quienes se desplazan de domicilio, en función del guardador que tengan en cada período. En el caso en que ambos progenitores tengan situaciones similares, y sus capacidades económicas sean semejantes, se irán alternando, y se atribuirá la vivienda por periodos. Una vez finalizado dicho periodo será el otro progenitor quien tenga derecho de uso de la vivienda, con independencia de quien sea el guardador de los menores en cada momento, como se observa en la sentencia de Primera Instancia de Madrid, nº 28 el 19 de julio de 2007¹⁴⁷, en la que se establece: “se atribuye el uso del que fuera domicilio familiar por años alternativos a cada uno de los interesados, correspondiendo a la Sra. Sara la primera anualidad a contar desde la notificación de la presente resolución, la segunda al Sr. Cristóbal y así sucesivamente”.

La tercera posibilidad en la que nos podemos encontrar sería la opción en que los hijos son quienes se desplazan, pero las capacidades económicas de los progenitores distan mucho entre ellas, y por ello, el uso de la vivienda se atribuye únicamente a uno de los progenitores, ya que de no ser así no quedaría garantizado el derecho de vivienda de los menores, como observamos en resoluciones jurisprudenciales: “... la atribución del derecho de uso de forma exclusiva a uno de los progenitores con custodia compartida, solo

¹⁴⁵ DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”. Valladolid, Lex Nova, 2010. (PÉREZ MARTÍN, A.J.), p 211.

¹⁴⁶ DELGADO DEL RÍO, G. “La custodia de los hijos: la guarda compartida, opción preferente”. Civitas-Thomson Reuters, 2010, p 191.

¹⁴⁷ Sentencia en Primera Instancia de Madrid, nº 28, el 19 de julio de 2007 (JUR: 276116).

estará justificado, cuando su situación económica le impida cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y ésta no quede garantizada con las aportaciones económicas del otro progenitor o de otra forma”¹⁴⁸.

Por todo ello, cuando las condiciones de ambos progenitores no sean similares, se atenderá y atribuirá el uso de la vivienda a aquél que necesite una mayor protección.

4.2. ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS.

Cuando hablamos de la obligación de alimentos sobre los hijos, hay que diferenciarla de la obligación de alimentos sobre parientes, que se trata de un deber más genérico. La obligación de alimentos sobre los hijos se deriva de la patria potestad, y por ende, la ruptura matrimonial no exime a los padres de dicha obligación con sus hijos, tal y como se deriva del artículo 92.1. C.C.

Del artículo 142 C.C., obtenemos lo que se entiende por alimentos, que será todo aquello que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable¹⁴⁹. Dicha obligación, perdura hasta la mayoría de edad siempre, y una vez cumplida la mayoría de edad se extenderá hasta que los hijos alcancen independencia económica, siempre que tal situación no haya sido provocada por conducta del propio hijo.¹⁵⁰

La pensión por alimentos consiste en cubrir las necesidades de los hijos, a través de sus progenitores teniendo siempre en cuenta los recursos con los que cuentan éstos, puesto que sus aportaciones irán en proporción a sus ingresos. Siendo para los progenitores indisponible, irrenunciable, intransmisible, y no sujeto a ningún tipo de transacción.¹⁵¹

Dicha pensión, no solo aparece en la custodia individual, sino que también puede darse en la custodia compartida, en función de las características propias de cada familia,

¹⁴⁸ SAP de Barcelona N° 18 de 21 de febrero de 2008 (JUR: 144960).

¹⁴⁹ Artículo 142 CC.

¹⁵⁰ STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ: 2009/3).

¹⁵¹ MARTÍN NÁJERA, MT. “El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005”. Madrid, Dykinson, 2007, p 32.

con el fin de compensar los desequilibrios que los hijos pudiesen tener en función del progenitor custodio con el que se encuentren. Pues así, el artículo 93.1. establece: “el Juez, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Las situaciones pueden ser variadas, y puede darse que las situaciones de ambos progenitores sean similares, y que el tiempo que pasan los hijos con cada progenitor, también sea similar. En ese caso, cada progenitor correrá con los gastos mientras sea guardador (tal y como observamos en la SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002¹⁵²). Sin embargo, también puede darse la situación de que los gastos ordinarios sean cubiertos por el custodio, y los extraordinarios por ambos, en función de la capacidad económica de cada progenitor, como se observa en la SAP de Valencia de 19 de junio de 2007.¹⁵³

La distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios supone una gran problemática en estos casos, indicándose jurisprudencialmente que la pensión alimenticia debe incluir los gastos ordinarios que devengue la actividad educativa normal, no así, las complementarias a aquéllas, que aun siendo educativas, no tienen su encuadre en la actividad propia escolar.¹⁵⁴

Por otro lado, podemos observar que depositen el dinero en un fondo común, en proporción a los ingresos de cada uno, y evidentemente a las necesidades de los hijos.

Puede darse la situación de que uno de los progenitores tenga que abonar una determinada cantidad de dinero al otro progenitor, y eso puede deberse a que uno de los dos, pasa mucho más tiempo con los menores, y por ende, invierte más dinero en ellos. Y en segundo lugar, puede deberse a que hay un fuerte desequilibrio entre las capacidades económicas de los progenitores, y se aboga por mantener una cierta consonancia, y que no haya grandes diferencias entre la vida del menor con uno y otro guardador.

La obligación de alimentos también se genera constante matrimonio, pero se entiende que se cubre con la convivencia diaria, y por ello no es necesario fijarla como

¹⁵² SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002 (JUR: 29800).

¹⁵³ SAP de Valencia de 19 de junio de 2007 (JUR: 258457).

¹⁵⁴ SAP de Navarra de 31 de julio de 1998 (AC: 1351).

ocurre tras las rupturas matrimoniales. De igual manera, observamos que los gastos de los hijos son los mismos con independencia del tipo de guarda, por ello no hay que mal interpretar que en la custodia compartida, los gastos son menores, sino que simplemente en ciertas situaciones no es necesaria la pensión de alimentos en cuanto a entrega de dinero de un progenitor a otro, puesto que mientras convives con el menor estás cumpliendo con dicha obligación.¹⁵⁵

Para determinar la cuantía de la pensión se valoran una serie de factores, tales como el tipo de custodia, el número de hijos, el año, el municipio, así como los ingresos de los progenitores. A su vez, también se tendrán en cuenta los gastos y necesidades de los menores, así como otras obligaciones o cargas que pudiesen tener los progenitores.¹⁵⁶

4.3. RÉGIMEN DE ESTANCIA Y COMUNICACIÓN.

Es vital que el menor mantenga relaciones con ambos progenitores, para su pleno desarrollo, y por su interés superior. Tal y como indica el artículo 94.1. C.C.: “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlo, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho”.

Es evidente que el régimen de estancia y comunicación (régimen de visitas) se da en las custodias exclusivas, pudiendo desarrollarse de diferentes formas en función de la familia, y de la necesidad de ésta, si bien, hay tendencia en ampliar cada día más este régimen para aproximarlos al modelo de vida anterior a la ruptura matrimonial.

Pese a que lo ideal es que haya acuerdos, y que se amolde a los horarios de los individuos de la familia, esto no siempre es así, y será el Juez en dichas ocasiones quien decida cómo, cuándo y dónde se reunirán y comunicarán.

En la custodia compartida también puede darse el régimen de visitas con la finalidad de que el progenitor no guardador pueda seguir relacionándose con el hijo, con el objetivo de mantener el vínculo paterno-filial cada vez más estrecho, en lugar de quebrantar la relación por no permanecer conviviendo con el menor (en las épocas alternas en las que

¹⁵⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p 140.

¹⁵⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018, pp 134-135.

no hay convivencia). Pues cuando la alternancia se trata de periodos largos, los progenitores, así como los menores, necesitarán tanto verse como comunicarse, siempre en aras a proteger al menor, y velando por el interés superior de éste.

Es importante referirse al derecho de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, tal y como aparece regulado en el art. 160.2 CC. “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”.

Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, siendo reconocido como un derecho para el interés del menor, regulado en el Código Civil, el cual no se podrá excluir salvo justa causa, no pudiendo excusarse en las malas relaciones entre los progenitores y los abuelos.¹⁵⁷ Tal y como se observa jurisprudencialmente: “no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores...”¹⁵⁸

5. VISIÓN PARALELA DEL INCREMENTO DEL TRABAJO DE LA MUJER.

Un factor determinante para el desarrollo de la custodia compartida es la necesidad de la mujer de tener que compartir los cuidados de los hijos, a causa del fomento del trabajo de las féminas fuera de los hogares.

Hasta mediados del siglo XX, la mujer era quien realizaba el trabajo y la dedicación a la casa, llevaba el hogar, el cuidado y educación de los niños, es decir era considerada como “la reina de la casa”, no realizando trabajos profesionales fuera del hogar, y con la consiguiente dependencia tanto económica como social que sufría frente al varón.

El sexo era el factor determinante a la hora de determinar las distintas funciones.¹⁵⁹

De manera progresiva, a partir del siglo XX, con la guerra, la mujer de manera paulatina, se ha ido haciendo hueco en el mundo laboral, a la par de estudiar y formarse,

¹⁵⁷ IBERLEY. “Custodia compartida. Paso a Paso: Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja”. Colex, 2021, p 80.

¹⁵⁸ STS de 20 de octubre de 2011 (RJ: 6843).

¹⁵⁹ DELGADO DEL RÍO, G. “La custodia de los hijos: la guarda compartida, opción preferente”. Civitas-Thomson Reuters, 2010, p 29.

para estar cada vez más preparada y cualificada, hasta llegar a la actualidad, en la que observamos como la mujer tiene un especial papel en el mundo laboral, y se lucha por la igualdad de la que tanto hablan los textos legales (art. 9.2¹⁶⁰. CE, art. 14¹⁶¹ CE, art. 4¹⁶² E.T), logrando de esta manera la independencia, a todos los niveles.

El hecho de que no trabajasen fuera de casa, hacía que todas las labores del cuidado de los hijos fueran encomendadas a las mujeres. Si bien, tras el fomento del trabajo de la mujer, hizo que esta situación cambiase puesto que dedicaban muchas horas fuera del hogar, al igual que el hombre, y de esta manera, el cuidado de los hijos, así como de la casa, debía ser repartido entre ambos cónyuges, ante la imposibilidad de la mujer de realizar dichas tareas, pues tenía que dividir su tiempo entre los hijos y su trabajo remunerado.

Ante dicha situación durante el matrimonio, y ante el incremento de los varones en la dedicación de sus hijos, una vez cesado el matrimonio también debía de seguir siendo así. Es decir, si durante el matrimonio las cargas relativas a los menores se dividían ante las necesidades familiares, y la igualdad entre ambos, una vez finalizado el matrimonio, y por consiguiente la convivencia, también sería necesario que ambos se dividiesen las obligaciones parentales, puesto que así se venía llevando a cabo.

Por todo ello, es necesario ante la realidad actual que se permita la conciliación laboral y familiar, debido a que ya no poseemos una figura que únicamente se encargue de las labores familiares.

Para poder desenvolverse tanto en el ámbito laboral, como en el personal, se requiere un plan de conciliación que les permita agudar ambas funciones, tanto el género masculino, como el femenino, y para ello se observan una serie de medidas, entre las que se encuentran tanto el permiso de maternidad como el de paternidad, reducciones de jornada, poder flexibilizar horarios con el fin de organizarse mejor adaptándose así a las necesidades de cada familia, y de los menores, el teletrabajo (medida que se encuentra muy posicionada

¹⁶⁰ Art. 9.2. CE: *“los poderes públicos han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas...”*

¹⁶¹ Art 14 CE: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

¹⁶² Art. 4 ET: *“...derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo... Derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, religión...”*

a día de hoy), así como reuniones por videoconferencia, etc.¹⁶³ Distintas medidas que ayudan a los padres a poder organizarse, y una mayor dedicación a sus hijos, que en determinadas edades es crucial la vinculación y el paso de tiempo con sus padres.

Con ello, se observa que el fomento del trabajo de la mujer fuera de sus casas, provocó a su vez que la dedicación a los hijos se dividiese con el otro progenitor. Y ello a su vez, ha provocado la necesidad de la guarda compartida, puesto que si durante el matrimonio las tareas venían siendo realizadas por ambos, una vez finalizado éste, también deberá seguir siendo así. En primer lugar, por el interés del menor, pero a mayores de ello, por dar un trato igualitario a ambos progenitores, y por la imposibilidad de las mujeres de poder dedicarle todo su tiempo a los hijos. Esto hace que el reparto de los tiempos sea necesario una vez haya cesado el matrimonio.

6. BREVE REFERENCIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ANIMALES DOMÉSTICOS.

Por último, habría que realizar un último apunte en relación a la custodia compartida de los animales domésticos.

Entre el aumento del número de animales domésticos en los hogares y la mayor sensibilización que se tiene por los derechos de los animales, cada vez es mayor el problema tras las crisis matrimoniales, a la hora de determinar con quién se quedará el animal.

Es cierto que para llegar a un acuerdo, también en los animales domésticos existe mediación tras la separación o divorcio, para poder acordar aquello que sea más beneficioso para los cónyuges.

El auge de las custodias compartidas en los hijos, hace que tanto los cónyuges, como los tribunales, se replanteen que los animales domésticos también puedan ser cuidados de manera alterna, con independencia de que haya hijos o no en el vínculo matrimonial.

De esta manera, podemos observar sentencias, en las que se acaba determinando la custodia compartida de animales, entre ellos, los perros, con el fin de beneficiar a ambos cónyuges, sin necesidad de tener que perjudicar a ninguno de ellos, y a su vez, en aras de

¹⁶³ LUCAS DE BLAS, M y ANDRÉS SAN JOSÉ, V. “La conciliación familiar y laboral”. 2018, p 18.

proteger al propio animal, tal y como se observó en la modificación del CP, al considerarlos seres sensibles, al diferenciar entre los daños producidos a las cosas, y a los animales, (a diferencia del CC, que los califica como cosas o bienes muebles).

En el caso en que no lleguen a acuerdo por sí mismos, o no acudan a mediación, se dejará al propio juicio del órgano, que será quien determine la custodia del animal. No hay jurisprudencia en relación a ello, si bien es cierto que en el caso en que haya menores, generalmente será el progenitor que tenga la guarda del menor quien tenga también la custodia del animal, ya que se considera que los animales benefician a los menores, y como siempre, el principio general a tener en cuenta es la protección del interés superior del menor. Si bien puede ser, que el niño se encuentre en guarda compartida, en ese caso el animal también podrá alternarse. O que en el vínculo matrimonial no haya habido hijos, y aun siendo así, bien a través de acuerdo, o bien porque así lo considere el Juez más conveniente, podrá decretar custodia compartida.

De esta cuestión extraemos dos sentencias, en las que se otorgó la custodia compartida de los perros.

En primer lugar, la Audiencia Provincial de Málaga, revoca la resolución fallada en Primera Instancia, y determina que se otorgue la tenencia compartida del perro raza Pomerania. Pese a que no se termina de saber si el perro es propiedad de ambos, o únicamente del demandado, se centran en dar importancia a la cuestión de que durante la vida del animal tanto la demandante como el demandado se encontraban en una relación sentimental, por la que vivían juntos, y por ello, la demandante se hacía cargo del perro, así como de sus cuidados, tal y como se observa en facturas y consultas veterinarias, confirmando la relación entre el animal y la autora durante siete años, demostrándose la relación de afecto entre éstos durante años, de esta manera, se falla que la tenencia sea compartida, por periodos de seis meses.¹⁶⁴

En segundo lugar, tenemos una sentencia de Primera Instancia de Valladolid, en la que pese a que el titular del perro “Bucano” es del demandado (puesto que solo se permite inscribir a un titular), el juzgado falla que el perro es propiedad de ambos, puesto que lo compraron los dos durante su relación sentimental, ha vivido el animal con ambos en todo momento, creándose así vínculos estrechos tanto con la demandante como con el demandado y habiendo sufragado los gastos del perro por los dos, tal y como se deduce de

¹⁶⁴ SAP de Málaga, de 14 de mayo de 2018 (JUR: 230523).

los cargos. Por todo ello, se acaba dictaminando que la posesión y el disfrute del perro tenga un carácter compartido, alternándose cada seis meses.¹⁶⁵

De estas resoluciones podemos observar como los tribunales comienzan a optar por la tenencia compartida de los animales domésticos, en este caso, de perros.

7. CONCLUSIONES.

Finalizado el desarrollo del trabajo, y analizadas las cuestiones relativas a la guarda compartida, es necesario reflejar una serie de conclusiones a las que he podido llegar en relación a todo lo estudiado.

En primer lugar considero que se trata de una cuestión altamente casuística y por ello, lo que en la teoría puede parecer idílico en la práctica los problemas se agudizan, y las circunstancias de cada menor son distintas. Por tanto, pese a estar totalmente a favor de la custodia compartida, en aquellos supuestos en los que sea factible, habrá que entrar a valorar realmente la viabilidad de la custodia compartida, pues en muchas familias la lejanía de los domicilios, la imposibilidad de mantener relaciones cordiales entre los padres, así como la falta de conciliación laboral de uno de los progenitores hace que sea muy complicado que se apruebe la custodia compartida.

Por otro lado considero que pese a la igualdad que se defiende, en la práctica la realidad es otra muy distinta. Y aunque cada día los padres tienen mayor protagonismo en los hogares y en el cuidado de los menores, por lo general, son sujetos que “ayudan” a las mujeres, es decir, el peso sigue estando en manos de las mujeres (evidentemente cada casa, y cada familia es distinta, pues habrá tantas situaciones como familias existan).

Debido a que dicha igualdad no es aún real, provoca que en la mayor parte de las ocasiones las mujeres sean quienes han cuidado de los hijos durante el matrimonio, y por ello, que tras el cese de la convivencia, siga siendo así.

Por ello, considero que para que se pueda optar por la custodia compartida, sería necesario una igualdad efectiva durante el matrimonio, para que los hijos tras la separación de los cónyuges sufrieran los menores perjuicios posibles. Pues tampoco sería lógico que si durante el matrimonio quien ha creado lazos afectivos más estrechos ha sido la mujer, una vez que se haya puesto fin al vínculo matrimonial, los hijos pasaran a estar guardados por ambos cónyuges, puesto que los vínculos afectivos tienen que originarse desde que son

¹⁶⁵ Sentencia en Primera Instancia, nº 9, Valladolid, de 27 de mayo de 2019. (JUR: 174429).

pequeños. Para todo ello se requiere por tanto un cambio de mentalidad, y una equiparación en los hogares en cuanto a las tareas.

Debido a que ese cambio de mentalidad aún no se ha generalizado, hay multitud de padres que no solicitan ni quieren la guarda compartida, puesto que les resulta más fácil verles los fines de semana alternos, sin necesidad de tener que convivir con ellos, con la libertad que eso supone. De igual forma, que en muchas ocasiones, las madres tampoco quieren la custodia compartida puesto que quieren la exclusividad de los hijos para ellas. De esta manera, lo que hacen es buscar el interés propio, sin mirar el interés del menor, que es el principio general en esta cuestión.

Si el cambio de mentalidad comienza a hacerse efectivo, y la igualdad en las tareas domésticas comienza a dividirse, y siempre cumpliéndose los requisitos que ya hemos visto, la custodia compartida es la opción más beneficiosa y rica para el menor, así como para los progenitores (aunque en realidad no se haga por ellos, sino por el interés superior del menor). De esta manera, observamos que los hijos siguen manteniendo relaciones estrechas con ambos, sin sentir la pérdida de ninguno de los dos, lo cual ayuda al desarrollo del niño, y por otro lado, también beneficia a los progenitores, puesto que se logra así la igualdad, con las consecuencias que ello supone, es decir, pudiendo rehacer sus vidas más fácilmente, mayor dedicación laboral, así como reparto de las responsabilidades (pues el hijo es de ambos), y de esta manera, dedicarles tiempo de calidad por partes iguales. Si bien, para que esto pueda suceder, es esencial el cordial trato de los cónyuges, que deben poner de su parte, puesto que en todo momento deben pensar en el menor, y dejar a un lado los rencores y el egoísmo que en muchas ocasiones se superpone al interés del menor.

Como última aclaración, y a título personal, considero que cuando es factible, y las capacidades económicas lo permitan, la opción más enriquecedora sería la guarda compartida en la que los hijos se mantienen en el domicilio familiar, y son los padres quienes rotan. De esta manera, los hijos no sufren el cambio y el trasiego de tener que estar trasladándose de domicilio cada vez que deben alternarse, teniendo un núcleo familiar bien definido y formalizado, sin confusiones, y velando plenamente por la protección e interés del menor.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

8.1. OBRAS DOCTRINALES:

ALBADALEJO, M. “Curso de derecho Civil: Derecho de Familia”. Madrid, Edisofer S.L., 2013.

CABEDO MALLOL, V y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

DELGADO DEL RÍO, G. “La custodia de los hijos: la guarda compartida, opción preferente”. Civitas-Thomson Reuters, 2010.

DOMINGUEZ LUELMO, A. “Comentarios al Código Civil”. Valladolid, Lex Nova, 2010. (PÉREZ MARTÍN, A.J.)

GETE-ALONSO Y CALERA, MC. “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, 2008.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Criterios de atribución de la custodia compartida”. INDRET. Revista para el análisis del derecho, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

IBERLEY. “Custodia compartida. Paso a Paso: Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja”. Colex, 2021.

LACRUZ BERDEJO, JL. “Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia”. Madrid, Dykinson, 2010.

LUCAS DE BLAS, M y ANDRÉS SAN JOSÉ, V. “La conciliación familiar y laboral”. 2018.

MARÍN LÓPEZ, M.J. “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que les afecten”. Derecho privado y constitución, nº 19, 2005.

MARTÍN NÁJERA, MT. “El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005”. Madrid, Dykinson, 2007.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia”. Majadahonda, Madrid: Colex, 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ., F. “El interés del menor”. Dykinson, Madrid, 2007.

ROMERO COLOMA, A.M. “La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria”. Madrid, Reus, 2011.

SÁNCHEZ CALERO, FJ. “Curso de derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones”. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales”. Madrid, Dykinson, 2018.

8.2. LEGISLACIÓN.

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.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

8.3. JURISPRUDENCIA:

- UE:

Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 TJCE 2010/410

- TRIBUNAL SUPREMO:

STS de 18 de octubre de 1996 (RJ: 7507)

STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ: 9223).

STS de 12 de julio de 2004 (RJ: 4371).

STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ: 2009/3).

STS de 11 de marzo de 2010 (RJ: 2340).

STS de 20 de octubre de 2011 (RJ: 6843).

STS de 7 de junio de 2013 (RJ: 3943).

STS de 17 de junio 2013 (RJ: 4375).

STS de 17 de diciembre de 2013 (RJ: 74).

STS de 25 de abril de 2014 (RJ: 2651).

STS de 30 de octubre de 2014 (RJ: 5268).

STS de 16 de febrero de 2015 (RJ: 564).
STS de 25 de septiembre de 2015 (RJ: 4028).
STS de 25 de septiembre de 2015 (RJ: 4028).
STS de 4 de febrero de 2016 (RJ: 260).
STS de 11 de febrero de 2016 (RJ: 248).
STS de 11 de febrero de 2016 (RJ: 524).
STS de 9 de marzo de 2016 (RJ: 972).
STS de 9 de marzo de 2016 (RJ: 840).
STS de 20 de abril de 2016 (RJ: 3664).
STS de 27 de junio de 2016 (RJ 3717).
STS de 21 de diciembre de 2016 (RJ: 5998).
STS de 17 de febrero de 2017 (RJ: 483).
STS de 22 de septiembre de 2017 (RJ: 4731).
STS de 22 de septiembre de 2017 (RJ: 4868).
STS de 23 de mayo de 2019 (RJ: 1975).
STS de 30 de noviembre de 2020 (RJ: 5095).

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

- AUDIENCIAS PROVINCIALES.

SAP de Navarra de 31 de julio de 1998 (AC: 1351).
SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 (AC: 4941).
SAP de Girona de 25 de febrero de 2001 (AC: 1827).
SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002 (JUR: 29800).
SAP de Toledo de 9 de marzo de 2005 (JUR: 100631).
SAP de Valladolid de 11 de septiembre de 2006 (JUR 252090).
SAP Barcelona de 20 de febrero de 2007 (RJ: 101427).
SAP de Alicante de 16 de mayo de 2007 (JUR: 261098).
SAP de Valencia de 19 de junio de 2007 (JUR: 258457).
SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008 (JUR: 144960).

SAP de León de 22 de febrero de 2008 (JUR: 166271).

SAP de Jaén de 2 de octubre de 2014 (RJ: 2095).

SAP de Ciudad Real de 17 de octubre de 2016 (JUR: 251915).

SAP de Málaga, de 14 de mayo de 2018 (JUR: 230523).

SAP Lugo de 5 de diciembre de 2018 (JUR: 24485).

SAP de Islas Baleares de 25 de junio de 2019 (RJ: 1341).

- JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

Sentencia en Primera Instancia de Madrid, nº 28, DE 19 de julio de 2007 (JUR: 276116).

Sentencia en Primera Instancia, nº 9, Valladolid, 27 de mayo de 2019. (JUR: 174429).