



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La custodia compartida en el derecho español

Presentado por:

Cristina Fernández Calderón

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 11 de Mayo de 2022

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la custodia compartida o alterna que fue introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y que aparece como alternativa a la custodia exclusiva que se venía estableciendo con habitualidad. Este estudio consiste en el análisis de la legislación del derecho común y del derecho foral en esta materia, de su evolución en la jurisprudencia y también de los requisitos legales y los presupuestos fácticos necesarios para adoptarla. Veremos que su regulación y la concreción de los requisitos y criterios es escasa, lo cual ha generado problemas en la aplicación de la custodia compartida. Además, también se contempla la importancia de tener en cuenta el interés del menor, que va a ser el principio rector en esta materia, y que la adopción del modelo de custodia compartida se debe justificar siempre en base al mismo.

PALABRAS CLAVE: patria potestad, crisis matrimonial, custodia, custodia compartida, custodia exclusiva, familia, menor, progenitores, interés superior del menor, Comunidades Autónomas, criterios de atribución.

ABSTRACT:

The purpose of this elaboration is to study the shared or alternate custody, which was introduced by Law 15/2005 of 8 de July, which modifies the Civil Code and the Civil procedure Law in matters of separation and divorce and which appears as an alternative to the exclusive custody that had been established regularly. This study consists of an analysis of the legislation of common law and foral law on this matter, of its evolution in case law and also of the legal requirements and the factual assumptions necessary to adopt it. We will see that its regulation and the specification of the requirements and criteria are scarce, which has generated problems in the application of shared custody. In addition, it also contemplates the importance of taking into account the interests of the minor, which will be the guiding principle in this matter, and the adoption of the shared custody model must always be justified on this principle.

KEY WORDS: parental authority, marital crisis, custody, shared custody, exclusive custody, family, minor, progenitors, best interest of the minor, Autonomic Communities, attribution criteria.

ABREVIATURAS

ABREVIATURA

SIGNIFICADO

Art

Artículo

CC

Código Civil

CCAA

Comunidades Autónomas

CE

Constitución Española

LEC

Ley de Enjuiciamiento Civil

LO

Ley Orgánica

LOPJM

Ley Orgánica de Protección Jurídica
del Menor

SAP

Sentencia de la Audiencia Provincial

STS

Sentencia del Tribunal Supremo

STC

Sentencia del Tribunal Constitucional

TS

Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. LA RELACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA CON LA PATRIA POTESTAD	8
2.1. La patria potestad	8
2.2. La guarda y custodia y sus modalidades	11
2.2.1. <i>Concepto</i>	11
2.2.2. <i>Modalidades</i>	13
2.2.2.1. <i>Guarda y custodia exclusiva</i>	13
2.2.2.2. <i>Guarda y custodia compartida o alterna</i>	14
2.2.2.3. <i>Guarda y custodia distributiva</i>	14
2.2.2.4. <i>Guarda encomendada a un tercero</i>	15
2.3. Diferencia entre la patria potestad y la guarda y custodia	15
3. REGULACIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	17
3.1. Su evolución en el Código Civil y otras leyes	17
3.2. Derechos autonómicos	21
3.2.1. <i>Aragón</i>	22
3.2.2. <i>Valencia</i>	23
3.2.3. <i>Cataluña</i>	24
3.2.4. <i>Navarra</i>	25
3.2.5. <i>País Vasco</i>	26
4. ANÁLISIS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	27
4.1. Concepto	27
4.2. Evolución y su presencia en la actualidad	29
4.3. Principios	31
4.3.1. <i>Principio interés superior del menor</i>	32
4.3.2. <i>Principio de igualdad entre los progenitores</i>	33

4.3.3.	<i>Principio de coparentalidad o corresponsabilidad</i>	34
4.3.4.	<i>Principio de no separar a los hermanos</i>	35
4.4.	Presupuestos legales para la adopción del régimen de custodia compartida	36
4.4.1.	<i>Adopción de la custodia compartida por mutuo acuerdo</i>	36
4.4.2.	<i>Adopción de la custodia compartida a petición de uno de los progenitores</i>	37
4.4.3.	<i>Requisitos legales comunes en ambas modalidades</i>	39
4.4.3.1.	<i>Informe del Ministerio Fiscal</i>	39
4.4.3.2.	<i>Audiencia de los menores</i>	40
4.4.3.3.	<i>Valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y la relación entre los progenitores y con sus hijos</i>	41
4.4.3.4.	<i>Dictamen de especialistas</i>	41
4.5.	Criterios de atribución del régimen de guarda y custodia compartida	41
4.5.1.	<i>Las aptitudes personales de los progenitores</i>	42
4.5.2.	<i>La proximidad de los domicilios de los padres</i>	44
4.5.3.	<i>La conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores</i>	44
4.5.4.	<i>Medios materiales suficientes</i>	45
4.5.5.	<i>La edad de los hijos y el número de hijos</i>	45
4.5.6.	<i>La voluntad de los menores</i>	46
4.6.	Causas de denegación de la custodia compartida	46
4.7.	Funcionamiento y ejercicio del régimen de guarda y custodia compartida	47
4.7.1.	<i>Régimen de estancia y comunicación</i>	48
4.7.2.	<i>Contribución al mantenimiento de los hijos menores (obligación de alimentos)</i>	49
4.7.3.	<i>Uso de la vivienda familiar</i>	52
4.8.	Ventajas e inconvenientes de la custodia compartida	54
5.	LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y LA IMPORTANCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	55

6. CONCLUSIÓN	63
7. BIBLIOGRAFÍA	68
7.1. Libros y artículos de revista	68
7.2. Legislación	70
7.3. Jurisprudencia	70

1. INTRODUCCIÓN

Tras la crisis matrimonial va a ser necesario decidir con quien van a convivir los hijos menores y a cuál de los progenitores le va a corresponder el cuidado y atención diario de los hijos y es en estos supuestos en los que se ve necesario determinar el régimen de guarda y custodia más adecuado para el caso concreto y para el menor.

En estas situaciones de ruptura serán los menores los más vulnerables y que, por lo tanto, sufrirán más las consecuencias y por ello, en todas las decisiones referidas a esta cuestión se debe velar por su bienestar y protección en base al principio del interés superior del menor que como veremos a lo largo de la exposición se va a tener en cuenta este interés con primacía con respecto a cualquier otro.

Esta materia ha sufrido una gran evolución social, que ha llevado como consecuencia, a la modificación de la legislación y que, por tanto, ha cambiado la manera de la aplicación práctica en los Tribunales. Y son estas modificaciones las que introdujeron el modelo de custodia compartida de forma expresa en el año 2005.

En este trabajo me centro especialmente en una modalidad de custodia que es la custodia compartida o alterna y el objetivo del mismo es ver en que consiste, los requisitos y criterios que se tendrán en cuenta para poder aplicarla y las consecuencias de su aplicación. Al terminar este trabajo podremos conocer los aspectos fundamentales que rodean a esta modalidad de custodia y los más conflictivos, así como las posibles soluciones para afrontarlas.

Por otra parte, en este trabajo se busca remarcar la importancia de proteger al menor en los casos de ruptura matrimonial y a la hora de determinar el modelo de custodia, por ello, se estudia el interés del menor, no sólo en lo referido a la custodia compartida, sino de una manera más concreta tratando de resolver cuando se está protegiendo el interés del menor y buscando de esta manera dar contenido a este principio. El desarrollo de este tema es debido a que este interés será fundamental para decidir sobre el modelo de custodia compartida e incluso veremos cómo se ha considerado en muchas ocasiones por los Tribunales como el modelo que mejor protege el interés del menor.

En cuanto a la estructura para la realización de este trabajo se empieza por enmarcar de una forma más general la materia de la guarda y custodia empezando por hablar de la patria potestad y a su vez relacionando y diferenciando ambas. También en este mismo apartado expondré las diferentes modalidades de guarda y custodia. Seguidamente se hablará de la regulación de la custodia compartida en el Código Civil y en otras leyes y también se analizará la normativa de derecho foral en esta materia, en concreto, de Aragón, Valencia, Cataluña,

Navarra y País Vasco pudiéndose ver las diferencias existentes entre la legislación estatal y autonómica.

Es en el siguiente apartado donde se encuentra el grueso del asunto y se expondrá el concepto de la custodia compartida, su evolución y los principios que la rigen. Además, se establecerán cuáles son los presupuestos legales y los criterios fácticos que ha ido estableciendo la jurisprudencia y que hay que valorar para establecer la custodia compartida, pero al igual que se mencionan los requisitos para adoptar la custodia compartida también se establecen sus causas de denegación y por último, se habla del funcionamiento y ejercicio del mismo en los aspectos referidos al régimen de estancia y comunicación, a la obligación de alimentos y al uso de la vivienda familiar. Este apartado finalizará con una enumeración de las ventajas e inconvenientes que se pueden extraer de la custodia compartida tras su estudio.

En el último apartado se hará un análisis de la protección del menor que se concretará en la importancia del interés superior del menor que rige toda la materia de la custodia compartida y donde se enumerará su regulación, características, finalidad y contenido, así como se explicará las dificultades para concretar el mismo. Y, por último, terminaré con las conclusiones del conjunto del trabajo.

2. LA RELACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA CON LA PATRIA POTESTAD

2.1. La patria potestad

La patria potestad aparece regulada en el CC en el Título VII “De las relaciones paternofiliales en los Capítulos de I a IV (arts 154 a 171). Hay que partir de que la patria potestad se deriva del vínculo de filiación que existe entre los padres y los hijos menores no emancipados y en relación a esto hay que decir que los padres estarán obligados a velar y a prestarles alimento a los hijos menores, aunque no ostenten la patria potestad (art 110 CC)¹ en el caso en que haya sido privado o excluido de la misma y además esto seguirá siendo así incluso en los casos de crisis matrimonial en la que de acuerdo al art 92.4 CC no se exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos.²

Las personas que están bajo la patria potestad serán los hijos e hijas no emancipados (art 154.1 CC)³ y podemos entender la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes

¹ Art 110 CC

² Art 92.4 CC

³ Art 154.1 CC

de los padres con respecto a los hijos menores no emancipados⁴ (se atribuyen a los progenitores ciertos derechos para cumplir estos deberes) y se incluyen todos los deberes que se refieren a su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de bienes⁵ y se van a ejercer en interés de los hijos y respetando sus derechos y su integridad física o moral (art 154.2 CC)⁶, así la patria potestad deberá ejercerse “siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor”.⁷

Las principales características de la institución de la patria potestad es su irrenunciabilidad, su intransmisibilidad y su temporalidad, ya que, se extinguirá cuando los menores no emancipados alcancen la plena capacidad a los 18 años.⁸

Respecto al contenido de la patria potestad aparece en el Art 154 CC donde se establece que lo forman “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”.⁹ Partiendo de este artículo podemos entender que la patria potestad la integran tres ámbitos: el aspecto personal (velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y darlos una formación), el aspecto patrimonial (administración de los bienes de los hijos) y, por último, la representación de los hijos¹⁰, estando la guarda y custodia integrada en el ámbito personal de la patria potestad la cual posteriormente analizaré.

Hay que diferenciar la titularidad y el ejercicio de la patria potestad: por un lado, la titularidad de la patria potestad va a corresponder conjuntamente a ambos progenitores (art 154.1 CC) convivan o no, salvo que en supuestos excepcionales en que se le prive o se le excluya a uno de los progenitores que aparece en los art 170 y 111 respectivamente; y,

⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde: la guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesal”, Madrid, Dykinson, 2018 p 116.

⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019 p 27.

⁶ Art 154.2 CC

⁷ STS de 31 diciembre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:7658)

⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.J., “Curso de derecho civil IV: Derecho de familia y sucesiones”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021 p 322.

⁹ Art 154.3 CC

¹⁰ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”... cit, p 28.

respecto al ejercicio de la patria potestad la regla general, de igual manera, es que se va a ejercer conjuntamente por ambos progenitores (art 156 CC)¹¹, esto será la regla general en caso de convivencia de los cónyuges y también en los supuestos de crisis matrimoniales tenga uno u otro la guarda y custodia, salvo que los progenitores o el juez establezcan otra cosa (art 92.4 CC), aunque en este segundo caso siempre surgen más conflictos que en una situación normal de convivencia a la hora de delimitar el ejercicio de la patria potestad y de poder realizar este ejercicio conjunto y es aquí donde aparecerá la figura de la guarda y custodia, pero hay supuestos excepcionales en los que habrá un ejercicio individual que aparecen regulados en la Ley.

En atención a esto, podemos distinguir diferentes supuestos y formas de ejercicio de la patria potestad: en primer lugar, la regla general, como ya he mencionado, va a ser el ejercicio conjunto y así lo establece el Art 156 al decir “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores...”, pero continua este artículo diciendo que puede ser ejercida por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro, pero esto no se trataría como tal de un ejercicio individual, ya que, continúan actuando los dos progenitores, por lo tanto, la regla general será el ejercicio conjunto o bien mediante la actuación de ambos progenitores o de uno con el consentimiento del otro y además, a esto hay que añadirle una tercera posibilidad que se trata de los actos que realice uno de ellos sin consentimiento del otro en situaciones de urgente necesidad conforme al uso social y a las circunstancias. Por último, existen supuestos en los que se va a ejercer la patria potestad de manera exclusiva e individual por uno de los progenitores, de acuerdo al art 156 CC en los supuestos de suspensión temporal (máximo 2 años) por resolución judicial de su ejercicio por reiterados desacuerdos entre los progenitores o cualquier causa que dificulte el ejercicio de la patria potestad, en los supuestos de ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores y en el caso en que los progenitores vivan separados la patria potestad la va a ejercer el progenitor con el que conviva, salvo que a solicitud del otro progenitor y en interés del menor solicite ejercerla conjuntamente con el otro progenitor.

De acuerdo a esto, la situación más extrema sería en aquellos casos en que tanto la titularidad como el ejercicio es individual y esto puede deberse a causas como la exclusión o privación de la misma a uno de los progenitores, siendo estos casos excepciones y que no excluirán de las obligaciones propios de la patria potestad al privado o excluido como ya he expuse al inicio del apartado. Los supuestos de exclusión aparecen en el Art 111 CC y son

¹¹ Art 156 CC, párrafo primero.

los siguientes: “1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición”.¹² En cambio, respecto a la privación consiste en excluir a uno ambos progenitores de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad por las causas que se establece en la Ley, normalmente de forma definitiva, así se dice en la norma que “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial” y añade “Los Tribunales, podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación” (art 170 CC).¹³

Además, hay que diferenciar estos supuestos de la extinción de la patria potestad regulados en el Art 169¹⁴ y son por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por emancipación o por la adopción del hijo.

2.2. La guarda y custodia y sus modalidades

2.2.1. Concepto

La guarda y custodia no aparece regulada en el CC ni tampoco aparece un concepto de la misma, sí que aparece mencionada en lo referido a las crisis matrimoniales dentro del Capítulo IX “De los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio” en los arts 90 y siguientes que se podrá determinar por convenio regulador o por sentencia judicial.

Es un aspecto que se integra dentro del ejercicio de la patria potestad en el aspecto personal que antes he mencionado referido a velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentar, educarlos y darles una formación, ya que, está muy vinculado a estas obligaciones, pero no de forma exclusiva porque se puede velar por los hijos, aunque no se tenga la custodia de los mismos.¹⁵

Esta figura existe en los supuestos normales de convivencia de los progenitores, pero que apenas permite diferenciarla, ya que, está integrada dentro de la patria potestad, por tanto, aparecerá y dará lugar a que se tenga que diferenciar de la patria potestad en los supuestos de crisis matrimoniales, como consecuencia de la nulidad, separación o divorcio, ya que, es aquí cuando los padres no pueden cumplir con su función continua de tener los hijos en su

¹² Art 111 CC

¹³ Art 170 CC

¹⁴ Art 169 CC

¹⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia” ... cit, p 29.

compañía¹⁶ debido a que la guarda y custodia se ejerce a través de la convivencia habitual y esto se justifica en que la nulidad, separación o divorcio no implica que los padres ya no tengan que cumplir con las obligaciones y deberes propios para con sus hijos (art 92.1 CC).

Es en estos casos en los que no hay convivencia de los progenitores es en los que hay que tomar determinadas medidas y decidir con quien van a convivir los menores, como se van a relacionar los hijos con sus padres y como seguirán cumpliendo los progenitores las obligaciones propias de cuidado ¹⁷ y, por tanto, se va a otorgar la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores (en el caso de la guarda y custodia exclusiva) o a ambos (en los supuestos de guarda y custodia compartida o alterna). En atención a esto, podemos decir que tendrán la guarda y custodia de los hijos el progenitor que lo tenga en su compañía y se encargue de su cuidado de forma ordinaria.

Desde el punto de vista gramatical si vamos a la Real Academia Española ¹⁸ define custodia como “acción y efecto de custodiar” que custodiar establece que “guardar algo con cuidado y vigilancia” y define guarda como “acción de guardar” que guardar establece que es “tener cuidado de algo o de alguien, vigilarlo y defenderlo” y de esta definición podemos determinar las palabras claves de lo que supone la guarda y custodia que es cuidar y vigilar.

Desde el punto de vista jurídico, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.¹⁹ la define como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los menores, bien de forma permanente hasta que recaiga un nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitores); bien de forma alterna o sucesiva en los periodos fijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por lo menores interviniendo su culpa o negligencia.

¹⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde... cit, p 125.

¹⁷ GETE-ALONSO, M.C., “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”, Thomson Reuters- Aranzadi, 2015, p 91.

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., (versión 23.5 en línea). <https://dle.rae.es/>. (Consulta: 10 de febrero de 2022)

¹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa”, InDret. Revista para el análisis del derecho, 2008, p 4.

Por lo que, teniendo en cuenta esta definición podemos entender que el contenido principal de la guarda y custodia es establecer con quien vivirá el menor, el cuidado de los menores y la toma de decisiones de forma diaria del menor.

2.2.2. *Modalidades*

Una vez expuesto en que consiste la guarda y custodia hay que enumerar y diferenciar varias modalidades que pueden tener lugar, pero antes hay que mencionar que el modelo de guarda y custodia que se adopte se hará, como ya he dicho, estableciéndolo de común acuerdo en el convenio regulador o por sentencia judicial y así los criterios que podemos deducir de la regulación, en concreto del Art 92 CC para elegir una u otra modalidad, son el interés del menor, la recomendación de no separar a los hermanos, la relación de los padres entre sí y la que tienen con sus hijos.²⁰

2.2.2.1. *Guarda y custodia exclusiva*

Esta modalidad de custodia era la que se ha venido estableciendo como regla general y la única modalidad regulada hasta la reforma de 2005 y consiste en que se atribuye su ejercicio a uno de los dos progenitores que es el que de forma habitual y la mayor parte del tiempo estará presente en la vida diaria y en la toma de decisiones del hijo y el otro progenitor tendrá un derecho de estancia y comunicación como consecuencia del derecho a relacionarse con sus hijos y este derecho de visita se concretará en periodos más breves del tiempo que de forma periódica pasa el progenitor “no custodio” con su hijo y durante el cual tiene atribuida la custodia²¹ y además, según el caso tendrá la obligación de otorgar una pensión de alimentos. Este ejercicio de la guarda y custodia exclusiva será así independientemente que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sea de ambos progenitores.

Este modelo lo podrán determinar de común acuerdo los progenitores en el convenio regulador diciendo en el mismo a quien se atribuye la guarda y custodia teniendo en cuenta el interés del menor y a falta del mismo, lo establecerá el Juez atendiendo también al interés del menor en el caso concreto y teniendo en cuenta criterios como la capacidad de los padres, la relación con ellos, el tiempo que pueden dedicar al cuidado de sus hijos y la estabilidad del menor, así una vez analizado el caso concreto establecerá que progenitor será en encargado de la guarda y custodia del menor y respecto al otro progenitor se tendrá que concretar el

²⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida...cit, p 5.

²¹ GETE-ALONSO, M.C., “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres”... cit, p, 458.

régimen de visitas (cada cuanto tiempo y el modo en que se realizará) que tendrá con su hijos el cual puede ser muy variado.

Es muy importante que este régimen se establezca en interés del menor, ya que, lo ideal es que se siga manteniendo la relación con ambos progenitores.

2.2.2.2. *Guarda y custodia compartida o alterna*

Esta modalidad no se introduce en el CC hasta la Ley de 15/2005, a pesar de que, con anterioridad de forma excepcional se estableció en numerosas sentencias, aunque no estaba regulada y posteriormente su uso ha aumentado paulatinamente.

La custodia compartida aparece como consecuencia de los cambios sociales y de las nuevas necesidades familiares, así como la nueva organización familiar tanto de las tareas de la casa como del cuidado de los hijos, los cuales ya no recaían (ni recaen) exclusivamente en la mujer.

Esta modalidad consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia, es decir, con esta modalidad se garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por ambos progenitores ²² y está alternancia en el cuidado será diversa en función del caso concreto, se trata de que este periodo en que están con cada progenitor sea muy similar, no teniendo que ser necesariamente exacto. Al igual que en la custodia exclusiva, se prevé en el Art 92 la posibilidad de acordarla por convenio regulador o por el Juez excepcionalmente a petición de uno de los progenitores siempre en interés del menor.

Para adoptar la guarda y custodia compartida además de tener en cuenta los presupuestos legales que aparecen en el Art 92 CC hay que analizar determinados criterios que se han venido concretando jurisprudencialmente, pero estas cuestiones serán analizadas y desarrolladas en apartados posteriores.

2.2.2.3. *Guarda y custodia distributiva*

Se trata de una modalidad que es muy excepcional y consiste en separar a los hermanos en los casos, en los que haya varios hijos, quedando un hijo con un progenitor y el otro hijo con el otro progenitor, siendo así a pesar del principio general que contempla el CC en el Art 92 de procurar no separar a los hermanos, debido a esto, este tipo de custodia tendrá lugar siempre justificándolo en el interés del menor.

²² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida...cit, p 13.

Este régimen se puede ver que se ha acordado en diversas sentencias, así en la SAP de Córdoba de 31 de enero de 2013 hay un supuesto en que se separa a los hermanos debido a que uno es menor de edad y se estima conveniente que permanezca con un progenitor y el hijo mayor de edad decide vivir con el otro progenitor.²³

Además, en estos supuestos hay que garantizar también que se mantenga la relación entre los hermanos, por ello, se trata de una medida excepcional, ya que, en aquellos casos en que el menor es muy pequeño puede dar lugar a la desaparición del vínculo y relación entre los hermanos.

2.2.2.4. *Guarda encomendada a un tercero*

La guarda de forma excepcional se puede atribuir a un tercero que no sean los progenitores cuando el Juez durante el procedimiento considere que es más adecuado para el interés del menor que no tenga la guarda y custodia ninguno de los progenitores en los casos en los que ninguno pueda hacer frente al cuidado del menor. La causa que suele dar lugar a este tipo de situación es una resolución administrativa de desamparo por motivos diversos.²⁴

Hay que destacar que en este caso hay que hablar de guarda y no de custodia, ya que, la guarda y custodia sólo va a corresponder a los padres.²⁵

Esto aparece mencionado en el Art 103 CC en que establece que en casos excepcionales se va a atribuir la custodia a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y si no los hubiera, a una institución idónea²⁶, debiendo ser el Juez quien adopte esta medida.

Pero es importante que quede claro que se trata de una excepción y que la regla general viene siendo que se atribuye a uno o a ambos progenitores partiendo del derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores y a no separarse de ellos.

2.3. Diferencia entre la patria potestad y la guarda y custodia

Como se viene observando, la patria potestad y la guarda y custodia están íntimamente relacionadas debido, como ya he dicho, a que la guarda y custodia se integra en la patria

²³ SAP de Córdoba 31 de enero de 2013 (ECLI:ES:APCO:2013:24)

²⁴ IGLESIAS MARTÍN, C.R., “La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p 89.

²⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”... cit, p 74.

²⁶ Art 103 CC

potestad, pero hay determinados casos en que la patria potestad y la guarda y custodia se tendrán que diferenciar.

La primera diferencia que encontramos en ambas es su regulación, ya que, la patria potestad aparece regulada en el Título VII “De las relaciones paterno-filiales” del CC (arts 154 a 171) y en cambio, la guarda y custodia no aparece regulada en el CC, pero sí mencionada en el Capítulo IX cuando se habla de los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio (arts 90 y siguientes).

En situaciones normales de convivencia esta diferenciación entre la patria potestad y la custodia no se realiza, estando integrada ésta en la patria potestad, es decir, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia la ejercerán conjuntamente como regla general ambos progenitores, y esto supone que, cuando se ejerce la patria potestad al mismo tiempo se está ejerciendo la guarda y custodia.

En base a esto, se van a diferenciar ambas figuras y en consecuencia se verá la guarda y custodia de forma individualizada en los supuestos de crisis matrimoniales en donde los progenitores no viven juntos y, por tanto, hace más complicado poder ejercer este cuidado por ambos de forma diaria por el hecho de no vivir juntos y esto hará que haya que otorgar la guarda y custodia a uno de los progenitores (en este caso la ejercerá quien la tenga y el otro progenitor tendrá el derecho de estancia y comunicación) o a ambos (donde habrá una alternancia en la guarda y el régimen de comunicación). Por lo tanto, la guarda y custodia surge tras la crisis matrimonial por nulidad, separación o divorcio, ya que, es en estos casos en los que hay que determinar en compañía de quien van a quedar los hijos porque no pueden hacerlo de forma conjunta.

En conclusión, la guarda y custodia entra en juego cuando existen hijos menores sujetos a la patria potestad, los progenitores que la ejercen no viven juntos y en estos casos hay que darle un tratamiento independiente y propio porque en otros supuestos no tendría sentido tratar de manera independiente a la guarda y custodia.²⁷

Para diferenciar los conceptos podemos decir que la patria potestad es el conjunto derechos y deberes que tienen los progenitores sobre sus hijos menores no emancipados la cual tiene un contenido personal, patrimonial y de representación en vistas a proteger a su hijo hasta que alcance la mayoría de edad, en cambio, la custodia se emplea únicamente para los supuestos en que los progenitores no conviven, que en principio se refiere a quien tiene

²⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde... cit, p 31.

consigo al menor y que incluye además de la convivencia, todas las actuaciones cotidianas de cuidado, alimentación, educación y velar por sus intereses.²⁸

Relacionando y diferenciando tanto la patria potestad como la guarda y custodia podemos observar distintas situaciones y modalidades que pueden darse tras la crisis matrimonial²⁹: en primer lugar, puede suceder que haya patria potestad y guarda y custodia exclusiva, que se da cuando uno de los progenitores es privado o excluido de la patria potestad y de esta manera también lo está de la guarda y custodia, aunque como dije al inicio no significa que no tengan que seguir velando y prestando alimento a los hijos aunque hayan sido privados de la patria potestad; en segundo lugar, puede haber una patria potestad conjunta y guarda y custodia exclusiva y este es el escenario habitual especialmente antes de la reforma de 2005 y siempre se adoptará en interés de los hijos, aquí la titularidad será de ambos progenitores, pero el cuidado diario será exclusivo de uno de los cónyuges teniendo el otro un régimen de estancia y comunicación y la tercera posibilidad es que la patria potestad sea conjunta y la guarda y custodia sea alterna que este escenario fue posible tras la reforma de 2005 con el cual se garantiza el contacto con los hijos de ambos progenitores de una manera más igualitaria.

3. REGULACIÓN GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

3.1. Su evolución en el Código Civil y otras leyes

La regulación referida a la guarda y custodia de los hijos menores ha sufrido muchas modificaciones y es a través de las mismas la forma de ver la evolución de la concepción de la familia en la sociedad, así como el concepto de guarda y custodia.

Hasta la reforma por la Ley del 8 julio de 2005 la custodia compartida no aparece regulada en el CC, pero antes de hablar de la regulación actual hay que diferenciar varios momentos en la regulación de esta materia: uno antes de las reformas del 13 de mayo y del 7 de julio de 1981, otro tras estas reformas de 1981, después la reforma del 8 de julio de 2005 y posteriormente hablar de la situación actual.

Primero hay que hablar de la regulación de esta materia antes de que tuvieran lugar las reformas de 1981 y en ese momento lo habitual es que se atribuía la custodia exclusiva a uno de los progenitores. En la redacción originaria del Código Civil en los supuestos de nulidad

²⁸ GETE-ALONSO, M.C., “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres” ... cit, p 156.

²⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde... cit, pp 126-132.

en el Art 70 CC para atribuir la custodia se diferenciaba si había habido buena fe por ambos cónyuges o sólo por uno de ellos y también había una diferencia de edad y de sexo en los hijos, así en el caso en que ambos hubiesen actuado de buena fe los hijos mayores de 7 años quedarían bajo el cuidado del padre y las hijas bajo el cuidado de la madre y si sólo uno de los progenitores ha actuado de buena fe quedarán bajo su cuidado los hijos de ambos sexos y en el caso en que hubiera hijos e hijas menores de siete años quedarían al cuidado de la madre. En esta misma redacción respecto al supuesto de separación se atendía a la culpabilidad o a la inocencia de los progenitores y el Art 73 CC decía que los hijos se quedarían bajo el cuidado del cónyuge inocente y salvo que se dijera otra cosa los menores de siete años quedarían bajo el cuidado de la madre, esto es así porque regía un sistema causalista en que se tenía que justificar la separación con una serie de causas reguladas y que era vista como una especie de sanción civil en el que uno de los cónyuges era el culpable y el otro inocente.

Tras la promulgación de la CE se ve necesario reformar el CC en materia de derecho de familia para adaptar la legislación civil a la CE y a la realidad social y jurídica de ese momento y esto fue así con las reformas que tienen lugar en 1981 en las que se sigue utilizando el sistema de custodia exclusiva y de preferencia de atribución de la custodia a la madre sobre los menores de siete años. En primer lugar, la Ley de 13 de mayo de 1981 de Modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio se mantiene la atribución de la custodia de los hijos e hijas menores de siete años a la madre; y con la Ley de 7 de julio de 1981 sobre Modificación de la regulación del matrimonio y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio se sigue manteniendo esto referido a los menores de siete años (salvo casos excepcionales), pero hay un cambio en el caso de los hijos mayores de siete años, ya que, desaparece la atribución de la custodia al cónyuge inocente pasando a ser decisión del Juez en atención al interés del menor, por lo que, desaparece el sistema de culpable-inocente para atribuir la custodia y se empieza a dar especialmente importancia al acuerdo entre los cónyuges para establecer las medidas necesarias relacionadas con la custodia, pudiendo pactar a través de convenio regulador los progenitores acerca de la custodia y del régimen de visitas ³⁰, y por tanto, para atribuir la custodia se empezaron a basar en el interés superior del menor.

³⁰ GETE-ALONSO, M.C., “Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres” ... cit, p 94.

Es con estas reformas de 1981 donde quedó abierta la posibilidad de una custodia compartida, aunque no aparecía de forma expresa tampoco se prohibía e hizo que la pudieran pactar los progenitores en el convenio regulador o a petición de uno de los progenitores la concediera el Juez y así fue aplicada en numerosas sentencias antes de 2005, pero de una manera muy excepcional.

Hay que mencionar una reforma importante con la Ley 11/1990, de 15 de octubre sobre la reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo a través del cual se concreta este principio en esta materia, ya que, existía una preferencia de otorgar la custodia a las madres en el caso de los hijos menores de siete años y con esta reforma se dice que si los progenitores no decidieran de común acuerdo va a ser el Juez en interés del menor el que decida con que progenitor se quedará, por lo que, ya no se contempla que tendrá preferencia las madres en la custodia de los menores. En consecuencia, va apareciendo en la sociedad una mentalidad de entender que el bien del menor implica que se relacione con ambos progenitores.

Podemos ver en esta regulación una evolución en materia de derecho de familia que hizo que se tuviesen que ir reformando la legislación civil, ya que, antes vemos como se entendía que la mujer por el simple hecho de serlo estaba mejor capacitada para el cuidado de los hijos y también se consideraba que era la que tenía que asumir el rol de cuidadora dejando a los padres como segunda opción, ahora rige como criterio principal el interés superior del menor y se presume que ambos padres están capacitados para el cuidado de los hijos de igual manera.

En conclusión, hasta el año 2005 la custodia exclusiva se atribuía como regla general, pero esta evolución social que he mencionado y la mayor participación de los padres en el cuidado de los hijos, así como el aumento de las mujeres en el mundo laboral hizo que se diera lugar a la Ley de 8 de julio de 2005 de modificación del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que va a contemplar por primera vez de manera expresa en nuestro ordenamiento la custodia compartida o alterna abanderada por el principio del interés superior del menor y se va a producir una modificación en la redacción del Art 92 CC que es donde aparece regulada la custodia compartida.

Según la Exposición de Motivos de la Ley de 2005 esta reforma se ocupa de cuestiones que afectan a la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores y su objetivo es lograr la aplicación del beneficio e interés superior del menor y hacer que ambos progenitores

sepan que su responsabilidad como tal sigue existiendo a pesar de que no convivan.³¹ El problema es que esta regulación se centró más en decir en que supuestos no debía acordarse la custodia compartida que en establecer los criterios que debían concurrir para atribuirla.

Así, de acuerdo al CC que actualmente está en vigor que es la Ley de 2 de junio de 2021 la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica la regulación de la custodia compartida aparece en el CC en el Capítulo IX donde se regulan los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio en los artículos 90 y siguientes y en concreto en el Art 92 CC especialmente en los apartados 5, 7 y 8 donde se recogen las pautas para la atribución de la custodia compartida de los menores tras las crisis matrimoniales, aunque también habrá que tener en cuenta los apartados 6 y 9 de este mismo artículo.

En el apartado 5 se contempla el supuesto en que los padres de común acuerdo solicitan el ejercicio de la custodia compartida en convenio regulador y también contempla un supuesto para acordar la custodia compartida en caso en que haya habido un proceso contencioso y que los padres lleguen al acuerdo de la custodia compartida durante el transcurso del procedimiento. En el apartado 7 se contemplan unas prohibiciones para adoptar este sistema custodia compartida (cuando uno de los padres este incurso en un proceso penal o cuando existan indicios fundados de violencia doméstica o de género o cuando existan malos tratos a animales como medio para controlar a una de estas personas) y en el apartado 8 se contempla una tercera posibilidad de acordar la custodia compartida que entrará en juego cuando no se den los supuestos del apartado 5 y en este caso de manera excepcional a instancia de uno de los progenitores puede el Juez acordar con informe del MF la custodia compartida basándose en la protección del interés del menor.

Además de esto, hay que hacer una mención a determinadas leyes que hay que tener en cuenta en esta materia además del CC³² que son la Ley de Enjuiciamiento Civil la cual recoge preceptos importantes sobre la guarda y custodia, la LO de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género para concretar cuestiones referidas a la custodia en estas situaciones de violencia de género, la LO de 15 de enero de protección jurídica del menor que recoge el principio de interés superior del menor y el derecho del menor a ser oído y la LO de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que

³¹ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., “¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo y praxis judicial”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p 58.

³² MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia” ... cit, pp 93-94

trató de eliminar cualquier discriminación por razón de sexo en esta materia y lograr la igualdad entre hombres y mujeres.

Por último, hay que mencionar que existe un Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, la cual se basa en la jurisprudencia y la legislación autonómica buscando así una adaptación de esta materia de la guarda y custodia a la nueva realidad social y en este texto se va a regular las relaciones de los padres con sus hijos tras la ruptura de la convivencia. Se pretende, entre otras cosas, introducir la elaboración de un plan de ejercicio de la patria potestad, también la mediación familiar como una alternativa a la que puedan acudir los progenitores y la mayor novedad es la de introducir el Art 92 bis en el CC en el que se permite a los jueces conceder la custodia compartida de oficio sin que lo haya pedido ninguna de las partes y por último, hay que destacar otro elemento que se introduciría que serían los criterios a tener en cuenta para la atribución de la custodia compartida y que son los establecidos en la regulación autonómica y por los Tribunales.³³

3.2. Derechos autonómicos

Hay algunas Comunidades Autónomas que han regulado a través de sus propias normas la guarda y custodia y en concreto la custodia compartida (que es el tema que estamos tratando) y esto ha tenido lugar en Aragón, Valencia, Cataluña, Navarra y País Vasco. La consecuencia de esto es que en estos territorios se ha producido un desplazamiento de lo previsto en el Código Civil porque estas normas son más completas y hay cuestiones que aparecen mucho más reguladas respecto a la norma civil estatal y en concreto regula más en profundidad la custodia compartida.

Lo más característico de estas regulaciones es que en la mayoría atribuyen de manera expresa o no la custodia compartida como regla general, pasando a ser la custodia exclusiva excepcional y además, como veremos todas estas regulaciones son muy semejantes, ya que, tratan aspectos muy similares, con un procedimiento muy similar para determinar un régimen de custodia u otro e incorporando criterios muy parecidos para determinar la custodia compartida y teniendo todas ellas un objeto muy similar que es regular las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia garantizando que continúen las relaciones entre

³³ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde... cit, pp 201-205.

los progenitores y los hijos y la relación de los hijos con sus hermanos y otros familiares y siempre velando por el interés superior del menor.

3.2.1. Aragón

Aragón fue de la primera Comunidad Autónoma en regular la guarda y custodia a través de la Ley 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres que en 2011 quedó integrada en el Código del Derecho Foral de Aragón a través Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas y esta cuestión de la guarda y custodia aparece en su Sección 3ª “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”.

En esta Sección 3ª establece que la finalidad es “promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan y la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas” (art 75)³⁴ y se parte de que la toma de decisiones en esta materia se hará en base del principio fundamental que rige en toda esta materia que es el de interés superior del menor. Además, se reconocen una serie de derechos como el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores regularmente, el derecho a que los progenitores participen en la toma de decisiones, el derecho de igualdad a relacionarse con sus hijos de los progenitores y el derecho a ser oído del menor.

Tras la crisis familiar los padres pueden otorgar un pacto de relaciones familiares donde se fijen cuestiones como el régimen de convivencia o de vistas, cómo se relacionará con sus hermanos, abuelos y otros parientes, a quien va a corresponder el uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución en los gastos de los hijos de los progenitores, etc. Debiendo ser este pacto aprobado por el Juez. Además, se prevé la posibilidad de acudir a la mediación familiar de manera previa a ejercer acciones judiciales para acercar posturas. En caso en que no hubieran llegado a ningún pacto los progenitores, será el Juez el que establecerá las medidas que van a regir la nueva situación tras la ruptura de la convivencia teniendo en cuenta unos criterios que aparecen regulados.

³⁴ Art 75 del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas

Respecto al régimen de guarda y custodia, se establece que los progenitores de común acuerdo o uno de ellos puede solicitar tanto la custodia compartida como la exclusiva, pero como consecuencia del Decreto Legislativo se introdujo una diferencia fundamental con lo establecido en la Ley anterior y es que el Juez adoptará con preferencia el régimen de custodia compartida en interés del menor, salvo que la custodia exclusiva sea más conveniente teniendo en cuenta siempre el plan de relaciones familiares y los criterios que aparecen enumerados en la ley que son: edad de los hijos, arraigo social y familiar de los hijos, opinión de los hijos cuando proceda, la aptitud y voluntad de los padres para garantizar la estabilidad de los hijos, la conciliación de la vida laboral y familiar de los padres y cualquier otra circunstancia relevante (art 80).³⁵ Esta preferencia de la custodia compartida se fundamenta en la igualdad de los progenitores en su obligación de cuidar y educar a sus hijos, en el interés del menor y en el derecho del menor a mantener una relación con ambos progenitores.³⁶

3.2.2. *Valencia*

Fue aprobada en Valencia la Ley 5/2011, de 1 de abril, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven que ha sido declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016 de 16 de noviembre por la falta de competencia para legislar sobre guarda y custodia de acuerdo al Art 149 CE y el Art 49.1.2 del Estatuto de Autonomía, pero a pesar de esto procederé a comentar el contenido de dicha Ley.

Esta Ley regulaba únicamente las relaciones entre los progenitores y los hijos tras la crisis matrimonial y constaba solo de siete artículos y se establece que hay que realizar un pacto para la convivencia familiar para regular las relaciones tras la crisis matrimonial y en el cual deben aparecer cuestiones muy similares a las mencionadas en el caso de Aragón como son el régimen de convivencia y de visitas, la relación con hermanos y otros familiares, el uso de vivienda y el ajuar familiar, etc. En el caso en que no pactaran nada los progenitores de común acuerdo, será la autoridad judicial quien decida sobre estos aspectos.

Esta Ley establece respecto a la guarda y custodia como regla general la atribución de la custodia compartida si no existiera obstáculo a ellos, pero debiendo siempre tener en cuenta

³⁵ Art 80 del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas

³⁶ PÉREZ VALLEJO, A.M y SAINS-CANTERO CAPARRÓS, M.B., “Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p 69.

los criterios que aparece en la Ley para decidir sobre el régimen de custodia (la edad del menor, la opinión de los hijos, la dedicación pasada a la familia, la capacidad de cada progenitor, los informes médicos y sociales que procedan, la conciliación de la vida familiar y laboral, el arraigo social, escolar y familiar, la disponibilidad para mantener trato directo con cada hijo menor y otras cuestiones). Hay que añadir algo más particular y es la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar de acuerdo a informes de especialistas pudiendo mantenerse ese mismo régimen o establecer un régimen nuevo.³⁷

3.2.3. *Cataluña*

La guarda y custodia ha sido regulada en Cataluña a través Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia³⁸, en concreto el Capítulo 3º “Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial” y dentro de la Sección 2ª “Cuidado de los hijos”.

Con esta Ley, los cónyuges deben determinar cómo van a ejercer las responsabilidades parentales tras la crisis matrimonial y esto lo harán presentando una propuesta de plan de parentalidad que es un documento donde aparecerán todas cuestiones referidas a las responsabilidades parentales que afectarán a los hijos tras la ruptura debiendo constar los compromisos que van a asumir los progenitores respecto a la guarda, cuidado y educación de los hijos (art 233-9.1). El contenido de este plan de parentalidad aparece regulado en la Ley y es bastante amplio y se dice que debe constar el lugar donde vivirán los hijos de forma habitual, las tareas cotidianas que tienen que realizar, la forma en que hacerse los cambios de guarda, el régimen de comunicación y estancia con los hijos, el tipo de educación, la forma de cumplir el deber de información y la forma de tomar decisiones referidas al cambio de domicilio (art 233-9.2) Además, se prevé la posibilidad de que se establezca en el plan de parentalidad acudir a la mediación familiar judicial o extrajudicial.

Cuando se presenta este plan, el Juez deberá decidir sobre el régimen de custodia y es en la propia legislación donde aparecen los criterios que hay que tener en cuenta para determinar el ejercicio de la guarda y custodia y esto lo hará el Juez atendiendo siempre al interés superior del menor y estos criterios son: vinculación afectiva de los hijos y cada uno de los progenitores, aptitud de progenitores para garantizar el bienestar de los hijos, actitud de los progenitores para cooperación con el otro, el tiempo que le han dedicado antes a sus menores

³⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde... cit, p 198.

³⁸ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, arts 233-9.1, 233-9.2, 233-10 y 233-11.

cada progenitor, la opinión de los hijos, los acuerdos adoptados previamente y la localización de los domicilios, los horarios de los progenitores y actividades de hijos y progenitores (art 233-11).

Para determinar el régimen de guarda y custodia hay que partir de que la regla general será la custodia compartida como se deduce del inicio de la regulación de esta materia al establecer la conveniencia de que las responsabilidades parentales se ejerzan conjuntamente, por lo que, sólo en caso en que sea perjudicial para el interés del menor de va a atribuir la custodia exclusiva.

La guarda debe ejercerse de la forma que hayan acordado en el plan de parentalidad, salvo que sea perjudicial para los hijos (art 233-10) y en su defecto, la autoridad judicial determinará su ejercicio de carácter conjunto y en caso en que convenga al interés del menor se establecerá la custodia exclusiva por uno de los progenitores. Es decir, aquí no se establece de forma expresa la preferencia de la custodia compartida respecto a la individual, pero si se puede deducir de la redacción de los artículos.

3.2.4. *Navarra*

Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres ³⁹, que únicamente consta de tres preceptos; el primero referido al objeto y la finalidad de la Ley que dice que es regular el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad en los supuestos de ruptura de la convivencia, adoptándolo siempre de acuerdo al interés superior del menor y la igualdad entre los progenitores.

En el segundo artículo se habla de la mediación familiar a la que podrán someterse de forma voluntaria los padres para llegar a un acuerdo sobre estas cuestiones

Y en el tercer artículo se establecen las medidas para adoptar el régimen de guarda y custodia, se establece que los padres de común acuerdo o por separado pueden pedir al Juez que se ejerza la custodia compartida o exclusiva y va a ser el Juez quien tome la decisión siempre en interés del menor y teniendo en cuenta los siguientes criterios: la edad de los hijos, la relación entre los padres y su capacidad de cooperar entre ellos, el arraigo social y familiar e los hijos, la opinión de los hijos, la posibilidad de los padres de asegurar la estabilidad de los hijos, la conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, los acuerdos previos entre los padres en caso de que existieran y cualquier otro criterio relevante. Aquí podemos ver

³⁹ Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, arts 1,2 y 3.

que no se da preferencia a la custodia compartida de manera expresa, siendo el encargado de decidir el Juez, a pesar de que se observa que hay una preferencia sobre la misma.

3.2.5. País Vasco

País Vasco ha sido la última Comunidad en aplicar su propia norma a través de la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.⁴⁰

En la Exposición de Motivos la custodia compartida de acuerdo a la sociedad actual es el sistema que mejor permite el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres.

Esta norma tiene trece artículos y en el primero de ellos se establece que el objeto de esta Ley regular las relaciones familiares tras la nulidad, separación o divorcio y garantizar las relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos y de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes.

También se prevé la mediación familiar con carácter previo a la vía judicial como medio para facilitar que los progenitores lleguen a un acuerdo en lo relacionado al régimen de custodia y otras cuestiones.

Se prevé en el Art 4 de esta ley los pactos de la ruptura de la convivencia que pueden celebrarse antes o durante la convivencia, siendo el contenido de estos pactos muy similar al del convenio regulador y los cuales para que tengan efectos jurídicos es necesario que se eleve a escritura pública ante notario.

Los progenitores de mutuo acuerdo o de forma individual al presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio deberán presentar la propuesta de convenio regulador con el contenido que se enumera en la Ley. A falta de acuerdo de las partes, va a ser el Juez el que establezca las medidas en estas situaciones de ruptura de la convivencia.

En relación a la guarda y custodia, pueden los progenitores de común acuerdo o de manera separada solicitar al Juez, siempre en interés del menor, el régimen de custodia compartida o exclusiva, debiéndose acompañar a esta propuesta la forma de desarrollo de la custodia, los periodos de convivencia y de comunicación de los progenitores y otros familiares.

Por lo que, la custodia compartida puede ser solicitada por ambos padres o sólo por uno de ellos y se establece que las malas relaciones entre los progenitores o la oposición de uno

⁴⁰ Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

de ellos a la custodia compartida no van a impedir su establecimiento. El juez a petición de uno de los progenitores va a adoptar la custodia compartida cuando no sea perjudicial para el interés del menor teniendo en cuenta los criterios en la ley se enumeran: la práctica anterior de los progenitores en su relación con los menores y su vinculación afectiva, el número de hijos, la edad de los hijos, la opinión de los hijos cuando tienen suficiente juicio y son mayores de 12 años, el cumplimiento por los progenitores de sus deberes de comunicación con el otro progenitor y con los hijos, el resultado de informes medidos, el arraigo social, familiar y escolar, la conciliación de la vida familiar y laboral, la ubicación de las residencias habituales de los progenitores y el apoyo con el que cuentan para el cuidado de los menores (art 9), por lo que, será el Juez quien analizando estos criterios decida si es adecuada la custodia compartida o no.

4. ANÁLISIS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

4.1. Concepto

Como ya he venido diciendo la custodia compartida aparece regulada de forma expresa por primera vez tras la reforma mediante la Ley 15/2005, en concreto en el Art 92 CC donde se establecen los presupuestos legales que tienen que concurrir para que proceda atribuir este régimen de guarda y custodia.

Hay que hacer mención al término custodia compartida, empezando por decir que el CC se refiere a la misma usando expresiones como “ejercicio compartido de la guarda y custodia”, “guarda conjunta” y “guarda y custodia compartida” y lo que ocurre es que a pesar de que el término custodia compartida es el más utilizado por la sociedad no es el más adecuado para describir en que consiste esta modalidad de custodia, siendo más adecuado hablar de custodia alterna porque lo que realmente tiene lugar es una alternancia en la posición de guardador y no una titularidad conjunta en la custodia de los hijos porque no la ejercen al mismo tiempo, ya que, no es posible al no vivir juntos, sino que la ejercen de forma sucesiva.

Partiendo de esto podemos definir la custodia compartida, como una situación que tiene lugar cuando los progenitores dejan de convivir juntos y consiste en la alternancia en la posición de guardador y de quien tiene el régimen de estancia y comunicación, siendo estos periodos muy similares, pero no teniendo que ser idénticos y estos periodos se van a acordar o bien en el convenio regulador o por la autoridad judicial. Este modelo de custodia implica la participación de ambos progenitores en el cuidado y educación de los hijos de forma igualitaria, de manera que se permite al menor mantener una relación con ambos progenitores

ejerciendo la custodia en igualdad de derechos y obligaciones y basándose en el respeto, comunicación y colaboración entre ambos progenitores y siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

En cuanto a las modalidades de custodia compartida podemos decir que hay tantos modelos como casos, ya que, concurren muchas circunstancias a la hora de otorgar esta custodia ⁴¹, pero la doctrina y jurisprudencia ha establecido cuales son los modelos más habituales los cuales lo establecerán de común acuerdo los progenitores o lo deberá concretar el Juez: en primer lugar, la custodia compartida simultánea donde la familia nuclear convive en el mismo domicilio siendo esta una opción poco habitual porque tras las crisis matrimoniales lo normal es que no convivan juntos; en segundo lugar, la custodia a tiempo parcial que es el supuesto en que los hijos viven en el domicilio habitual y los progenitores van rotando en ese mismo domicilio y es la llamada “custodia nido”, pero este modelo puede dar lugar a conflictos entre los progenitores; y, en tercer lugar, la custodia compartida en la que quienes cambian de domicilio son los hijos que es conocida como “niño maleta” la cual es la más habitual y el inconveniente que tiene es que la estabilidad de los menores puede verse reducida debido al cambio continuo de domicilios. Viendo estas modalidades y sus inconvenientes siempre serán adoptadas teniendo en cuenta el interés del menor.

Respecto al reparto del tiempo y la periodicidad en la alternancia puede ser muy variada, no teniendo que ser igualitario, pero esto en ocasiones pueden suponer una dificultad para diferenciar la custodia compartida de la custodia exclusiva cuando tiene un régimen de visitas amplio, pero no se pueden considerar iguales y para poder concretar esta diferencia debe haber un mínimo de tiempo con cada progenitor que la doctrina lo ha establecido en que esté al menos entre cuarenta y cuarenta y cinco por ciento del tiempo con cada uno de ellos⁴², así los periodos de tiempo en los que el menor esté con cada progenitor pueden ser por horas, días, semanas, quincenas, meses, bimestres, trimestres, cuatrimestres, semestres, por años, cursos escolares, vacaciones...Se han considerado más adecuado para el menor los periodos de tiempo más largos de quince días que impiden que el menor se vea desestabilizado por los continuos cambios de domicilio, aunque si son menores de muy corta edad se recomiendan periodos mucho más breves como pueden ser semanas o días⁴³. En

⁴¹ IGLESIAS MARTÍN, C.R., “La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad”...cit, p 86.

⁴² MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”...cit, pp 247-248.

⁴³ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”...cit, p 151.

vista a esto será el Juez el que determine cual es el modo más adecuado valorando cada caso en concreto.

Para adoptar esta modalidad se tiene que cumplir una serie de presupuestos legales que aparecen en el Art 92 pudiéndose acordar la custodia de mutuo acuerdo por convenio regulador o a solicitud de una de las partes por el Juez de forma excepcional siempre teniendo en cuenta el interés del menor. Además, se tiene que analizar y tener en cuenta determinados criterios que se ha establecido la jurisprudencia y que se han ido concretando a lo largo del tiempo. Por último, hay que tener en cuenta aquellos casos en los que se va a denegar adoptar este modelo de custodia.

4.2. Evolución y su presencia en la actualidad

Ya he mencionado la evolución legal de la custodia compartida, pero hay que mencionar la evolución en su aplicación en la sociedad y por los Tribunales.

Antes de la Ley 15/2005 no se regulaba la custodia compartida, pero tampoco se prohibía y el modelo que se aplicaba como regla general era la custodia exclusiva en concreto se atribuía la custodia a las madres y el régimen de visitas a los padres que normalmente era muy corto y que únicamente incluía los fines de semana y esto hacía que los padres pasaran a un segundo plano en la vida de sus hijos y tuvieran una situación de desventaja y provocó la demandas de los padres a estar más presentes en la vida de sus hijos y relacionarse más con ellos.

Debido a esto, posteriormente este régimen de visitas se fue ampliando y se otorgaba la custodia exclusiva a uno de los padres y al otro un régimen de visitas más amplio que por un lado, dejaba atrás el estricto modelo de custodia exclusiva y por otro se diferenciaba de lo que era la custodia compartida y esto permitía que el padre al que no se le había atribuido la custodia pudiera participar más en el cuidado y educación de sus hijos, pero sin llegar a ser un reparto como el de la custodia compartida ⁴⁴ y esto fue así porque se consideraba que era lo más beneficioso para los hijos el relacionarse con ambos.

En este momento los Tribunales no eran propensos a otorgar la custodia compartida y era mayormente rechaza por falta de regulación expresa, por considerar que suponía generar inestabilidad para el menor y por entender que era perjudicial para el menor ⁴⁵, pero en alguna ocasión se atribuyó la custodia compartida de oficio y sin que apareciese regulada

⁴⁴ ALSACIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I., “Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 CC”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2007, pp 5-6.

⁴⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución...cit, p 6.

justificándolo en las sentencias en que se consideraba que era el modo en que más protegía el interés del menor, la forma de seguir manteniendo relaciones con ambos progenitores y en la que se trata con igualdad a ambos progenitores ⁴⁶ y podemos ver como en determinadas sentencias se aplica esta custodia variando los periodos de alternancia; en algunos casos se desarrolla por semanas alternas ⁴⁷, en otros se ejerce repartiendo las horas de cada día durante todos los días ⁴⁸...

A pesar de estas sentencias siguió siendo mayoritaria la atribución de la custodia de los hijos menores de manera exclusiva a las madres. Por lo tanto, podemos ver que la custodia compartida fue considerada como una atribución excepcional.

Las protestas de los padres por las que no se les otorgaba la custodia exclusiva al considerar que la mujer podía ejercer mejor las tareas de cuidado, el cambio en los modelos familiares y de pareja tras la crisis matrimonial, el cambio de mentalidad en el que los padres se implicaron mayormente en el cuidado y tareas del hogar, el aumento de las mujeres en el mundo laboral y el aumento de divorcios y separaciones dio lugar a que se regulara de forma expresa la custodia compartida en 2005.

Durante los primeros años de vigencia de la Ley 15/2005 apenas se aplicaba y era denegaba en la mayoría de los pronunciamientos justificándolo en el interés del menor, en la falta de informe favorable del MF que en ese momento era obligatorio (hasta 2012), las malas relaciones entre los padres y la edad del menor. ⁴⁹

En los años 2009 y 2011 la Sala 1ª TS fijó los criterios a seguir para atribuir la custodia compartida por los jueces de primera instancia y por las Audiencias Provinciales, lo cual permitió que los jueces tuvieran ya una base sobre la que argumentar la imposición del régimen de custodia compartida e hizo que se aplicara así más esta modalidad, aunque progresivamente ha ido aumentando el número de custodias compartidas.

Hay que destacar en especial la sentencia del TS de 29 de abril de 2013 ⁵⁰ que sentó las bases para que fuera considerada la custodia compartida como normal y adecuada para el

⁴⁶ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española”, Madrid, REUS editorial, 2020, p 39.

⁴⁷ SAP de Girona de 28 de febrero de 2001 (JUR: 320026)

⁴⁸ SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003 (JUR: 264777)

⁴⁹ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española”...cit, p 45.

⁵⁰ STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:564)

interés del menor y no como una medida excepcional siempre que sea la modalidad más adecuada de acuerdo al interés superior del menor y exponía que “la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”.

La jurisprudencia ha considerado que con esta medida lo que se pretende es “asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad por responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso”⁵¹, es decir, la custodia compartida es la mejor opción para que el menor pueda relacionarse con ambos progenitores y éstos puedan intervenir en el desarrollo de la personalidad del menor.

En conclusión, en la actualidad podemos ver que ha habido un aumento progresivo estadístico del porcentaje de custodias compartidas, especialmente a partir de 2009 y que posiblemente irá en aumento debido a que comienza a verse más como los Tribunales acuden a la custodia compartida siempre que se cumplen los criterios legales y fácticos y sea adecuado al interés del menor⁵² y por venir considerándose la custodia compartida por los Tribunales en las sentencias como normal, adecuada e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores y así se sigue viendo en la actualidad tal y como se comprueba en la SAP de Santander de 8 de marzo de 2022 y en la STS de 28 de marzo de 2022.⁵³

4.3. Principios

Esta modalidad de custodia compartida o alterna se justifica y fundamenta en unos principios que están todas las relaciones entre sí y que son la clave para establecer un modelo

⁵¹ STS de 19 junio de 2013 (RJ: 5002) y STS 29 de noviembre 2013 (RJ: 7449)

⁵² ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde...cit, pp 168-174.

⁵³ SAP Santander de 8 de marzo de 2022 (ECLI: ES: APS: 2022: 319) y STS de 28 de marzo de 2022 (ECLI: ES: 2022: 1206)

de custodia u otra y estos principios son: el principio de interés superior del menor, el principio de igualdad entre los progenitores, el principio de coparentalidad y de corresponsabilidad y el principio de no separar a los hermanos.

4.3.1. *Principio interés superior del menor*

Este es el principio general o informador de la materia relacionada con los menores y de toda la materia de la guarda y custodia y en concreto, la custodia compartida, así a la hora de optar por un modelo de custodia u otro siempre se deberá tener en cuenta el interés del menor que se va a denominar también *favor filii* o *favor minoris* y va a prevalecer sobre el resto de principios.

Además, hay que decir que este principio aparece reconocido en normas de derecho internacional como la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en España lo encontramos además de en el propio CC en esta materia de la custodia compartida en el Art 92, también lo encontramos en la LO de protección jurídica del menor de 1996.

Es sabido que tras las crisis matrimoniales van a ser los menores quienes van a verse más perjudicados y por ello, hay que velar por su protección y lo más adecuado para su desarrollo y estabilidad.

Se basa simplemente en que cualquier decisión referida a los menores debe hacerse teniendo en cuenta su interés por encima de cualquier otro ⁵⁴ y este principio debe tenerse en cuenta siempre que en un procedimiento esté implicado un menor y la finalidad es asegurar los derechos fundamentales del menor de forma prioritaria a los demás familiares, por ello, en diversas sentencias se ha expresado que “se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados” ⁵⁵

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, ya que, no está definido en la Ley y no tiene unas pautas que lo concreten, de este modo, su contenido se tendrá que concretar caso por caso de manera particular y debiéndose tener en cuenta para ello los aspectos concretos de cada caso, siendo, por tanto, muy importante la jurisprudencia a la hora especificar en qué

⁵⁴ IGLESIAS MARTÍN, C.R., “La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad”...cit, p 93.

⁵⁵ STS de 25 abril de 2011 (Tol 2125260), STS de 31 enero de 2013 (Tol 3020982) y STS de 10 de enero de 2014 (RJ: 982).

consiste este principio. Teniendo en cuenta esto, podemos ver que es un concepto flexible que se adaptará a las circunstancias concretas del menor y a su contexto.

De la jurisprudencia se puede decir que los criterios que ha establecido para concretar el contenido del interés del menor serían la práctica de los progenitores en las relaciones con el menor antes de la ruptura de la convivencia, las aptitudes personales de los progenitores, los deseos de los menores, el número de hijos, el cumplimiento de los deberes por parte de los progenitores respecto a sus hijos, el respeto mutuo, el resultado de los informes exigidos legalmente y cualquier otro que garantiza una vida adecuada a los menores.⁵⁶ Además, el Juez deberá tener en cuenta las condiciones que se mencionaba en el Art 92 apartado 6 y 9 que desarrollaré más adelante.

Hay que destacar la LO de protección jurídica del menor, en concreto, el Art 2 donde se ha tratado de concretar el concepto y contenido del interés superior del menor que desarrollaré en el último apartado del trabajo.

Se va a proteger el interés del menor cuando se den las condiciones necesarias para el óptimo desarrollo del mismo, garantizándole un entorno en que desarrollar su capacidad para lograr un crecimiento personal, salvaguardar la protección de su dignidad y garantizarle una existencia libre de injusticia y discriminación dándoles un trato prioritario sobre los intereses de su familia.⁵⁷

Por lo que, respecto a la determinación del modelo de custodia siempre va a regir este principio y siempre se optará por un modelo u otro según cual proteja más al menor. La custodia compartida sólo se adoptará cuando se considere adecuado y beneficioso para el interés del menor, además cualquier decisión referida al menor se debe hacer siempre pensando en su protección.

4.3.2. *Principio de igualdad entre los progenitores*

El principio de igualdad está no sólo reconocido en la CE, sino en textos internacionales y en esta materia de la guarda y custodia ha habido una evolución consecuencia del cambio social que ha llevado a buscar esta igualdad y lo que trata de impedir es que tenga preferencia uno u otro progenitor a la hora de otorgarles la custodia de los hijos, ya que, ambos tienen

⁵⁶ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española”...cit, p 163.

⁵⁷ DE TORRES PEREA, J.M., “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2011, pp 6-7.

los mismos derechos y obligaciones con respecto a sus hijos. Por lo que, se busca alejarse de la mentalidad pasada de que la mujer es la encargada de ejercer los cuidados a los hijos.

Ambos progenitores tras la ruptura de la convivencia además de tener los mismos derechos y obligaciones respecto a la guarda y custodia de los hijos, van a tener el derecho a seguir manteniendo relaciones ambos con sus hijos y la custodia compartida se introduce como un modo de lograr esta igualdad entre ambos progenitores de cara a relacionarse con los menores y también a las responsabilidades propias de los progenitores.

Con la custodia compartida los hijos se pueden relacionar de igual forma con ambos padres, así al igual que ha establecido el TS la custodia compartida favorece el principio de igualdad porque “se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos”.⁵⁸

Hay que relacionar el principio del interés del menor con este; por una parte, va a prevalecer el principio del interés superior sobre el principio de igualdad de ambos progenitores, por lo que, sólo se atribuirá la custodia compartida si es adecuado al interés del menor y, por otra parte, se podría entender que este principio supone también una concreción del interés del menor, ya que, de esta manera se consigue que el menor se siga relacionando con sus padres en plano de igualdad. Además, el principio de corresponsabilidad parental del que hablaré a continuación reforzará este principio de igualdad debido a que ambos progenitores tendrán las mismas responsabilidades y obligaciones en esta materia.

4.3.3. Principio de coparentalidad o corresponsabilidad

Estos dos principios se complementan entre ellos, derivándose el principio de corresponsabilidad parental del de coparentalidad porque ambos progenitores son titulares y ejercen la patria potestad de forma conjunta⁵⁹, su introducción con la Ley 15/2005 se hace pensando en que no sólo sea la mujer en que se encargue de las tareas de cuidado, sino también el hombre.

En primer lugar, la coparentalidad consiste en garantizar que continúen las relaciones entre el menor y ambos progenitores tras la crisis matrimonial, es decir, el derecho que tiene

⁵⁸ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida...cit, p 18.

⁵⁹ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida...cit, pp 118-119.

el menor a relacionarse con ambos, formando ambos padres parte de su vida y teniendo así una educación común. En una relación de coparentalidad ambos progenitores cooperan entre sí, compartiendo las responsabilidades parentales, teniéndose como punto de apoyo para educar a sus hijos. A través de este principio también se garantiza el interés superior del menor y la igualdad en derechos y obligaciones de los progenitores a pesar de que no convivan juntos. Por lo que, la coparentalidad no es sólo que el menor siga teniendo relación con ambos padres, sino que los progenitores mantengan una relación de respeto y cooperación. Teniendo en cuenta esto, podemos ver como la custodia compartida garantiza de mayor manera la coparentalidad porque así ambos padres seguirán manteniendo relaciones con sus hijos de forma continua, teniendo ambos una relación de ayuda y apoyo mutuo.

Respecto al principio de corresponsabilidad, supone que la ruptura de la convivencia a través de la nulidad, separación o divorcio no cambie las responsabilidades de los padres con respecto a sus hijos, es decir, consiste en el reparto igualitario de los derechos y obligaciones que los progenitores tienen respecto a sus hijos.

Esta corresponsabilidad deriva del vínculo de filiación y del art 92.1 por el que no se exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos por la nulidad, separación o divorcio. También en relación con este principio podemos ver que la custodia compartida favorece este principio garantizando la relación con ambos progenitores y tener ambos padres el cuidado y educación de sus hijos.

4.3.4. Principio de no separar a los hermanos

Con este principio se trata de favorecer el vínculo que hay entre los hermanos, en la legislación no se establece como un principio que es obligatorio, pero sí que se menciona como lo más adecuado porque el art 92.5 habla de procurar no separar a los hermanos, pudiéndose deducir de esto que queda supeditado a que se den ciertas circunstancias.⁶⁰

A pesar de esto, los hermanos serán separados en caso en que sea mejor para el interés del menor, pero en estos casos se debe permitir que siga existiendo una relación y comunicación entre los hermanos, por lo que, ha habido ocasiones en las que se ha separado a los hermanos por cuestiones de edad y voluntad justificándose en que no se puede entender en términos absolutos este principio para determinar el modelo de custodia.

⁶⁰ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., “¿Custodia compartida preferente o interés del menor?...cit, p 365.

4.4. Presupuestos legales para la adopción del régimen de custodia compartida

Para analizar cuáles son los requisitos legales que se exigen para adoptar la custodia compartida hay que acudir al Art 92 CC y del mismo se deduce que se puede adoptar a través de dos vías distintas; en primer lugar, los padres deciden de mutuo acuerdo establecer la custodia compartida siendo esta la regla general; y, en segundo lugar, a petición de uno de los progenitores va a ser el Juez quien lo adopte con carácter excepcional siempre que sea lo más adecuado para el interés del menor.

A esta introducción hay que añadir que la guarda y custodia compartida no se puede adoptar de oficio por el Juez debido a que no aparece recogido en la legislación civil, siendo necesario que sea a petición de ambos progenitores o que lo solicite sólo uno de ellos debiendo en ambos casos el Juez tener en cuenta los requisitos que aparecen en la Ley.

Ahora voy a pasar a diferenciar los requisitos que se exigen en cada caso, así como los comunes. Por lo que, para determinar el modelo de custodia compartida además de que proteja adecuadamente el interés del menor hay que cumplir los requisitos que aparecen recogidos en el Art 92 que voy a exponer a continuación, así como los criterios que ha establecido la jurisprudencia y que desarrollaré con posterioridad.

4.4.1. Adopción de la custodia compartida por mutuo acuerdo

La primera modalidad para adoptar el régimen de custodia compartida es de mutuo acuerdo por los progenitores debiendo ser luego aprobado por el Juez y esta es la regla general que aparece en el Art 92 en el apartado número 5 en la que establece “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”.⁶¹ Hay que decir que esto tiene lugar dentro del proceso de nulidad, separación o divorcio y podemos ver que a este mutuo acuerdo pueden llegar o bien, desde inicio por convenio regulador cuyo contenido aparece regulado en el Art 90 CC y que incluye determinar el régimen de custodia o también este mutuo acuerdo puede llegar en el transcurso del procedimiento contencioso.

Detrás de esta posibilidad se entiende que son los progenitores los mejores capacitados para determinar qué es lo más adecuado para sus hijos y se puede entender que cuando los progenitores se ponen de acuerdo en esta cuestión será lo más adecuado para proteger al menor.

⁶¹ Art 92.5 CC

A pesar de esto, no se puede adoptar este modelo de forma automática por el Juez, ya que, no está vinculado al convenio regulador y este convenio está sometido a una homologación judicial y esto quiere decir que el Juez debe valorar si protege el interés del menor y para ello va a tener que cumplir determinados requisitos que son comunes a ambas formas de solicitud y que aparece en el Art 92.6 CC donde se exige recabar informe del Ministerio Fiscal, oír al menor, valorar las alegaciones y las pruebas y la relación de los padres entre sí y con sus hijos y en el Art 92.9 se contempla la posibilidad de recabar un informe de especialistas que hablan de la idoneidad o no de adoptar la custodia compartida, cuestiones que analizaré más adelante.

Teniendo en cuenta todas estas cuestiones, el Juez decidirá discrecionalmente siempre en base al interés superior del menor y a estos requisitos y considerará si es adecuada o no la custodia compartida, que no la establecerá en caso de que sea perjudicial para el menor, por lo que, si considera que protege al menor aprobará el convenio regulador dictando la sentencia de separación o divorcio y en caso contrario, se dará un nuevo plazo para que proponga un nuevo convenio regulador.

4.4.2. Adopción de la custodia compartida a petición de uno de los progenitores

La segunda modalidad tendrá lugar cuando no existe un acuerdo entre los progenitores y en este caso será el Juez quien acuerda la custodia compartida a solicitud de uno de los progenitores de manera excepcional y aparece recogido en el Art 92.8 y establece que “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.⁶²

Por lo que, podemos deducir de este precepto una serie de requisitos para adoptar la custodia compartida de esta manera: que se haga a petición de uno de los progenitores, recabar informe del Ministerio Fiscal y que proteja el interés superior del menor. Además, a mayores hay que tener en cuenta lo establecido en el apartado 6 y en el 9 que vengo indicando ya con anterioridad, en concreto, oír a los menores, tener en cuenta todas las pruebas presentadas, las alegaciones de las partes y las relaciones entre los miembros de la familia y el dictamen de especialistas.

Respecto al primer requisito; es necesario que sea a petición de uno de los progenitores porque no se puede adoptar de oficio. Esta medida cuando se introdujo en la legislación al

⁶² Art 92.8 CC

decir el precepto “excepcionalmente” se entendía que sólo se podía adoptar a petición de uno de los progenitores de manera extraordinaria y por ello, habitualmente no se aplicaba esta modalidad cuando sólo lo solicitaba uno de ellos. Esto cambia gracias a la tarea del Tribunal Supremo cuando introdujo unos criterios con los que había que motivar las decisiones sobre la custodia compartida, de esta manera se entendió que en estos casos tenían que entrar a valorar estas cuestiones y no rechazarlo automáticamente y considerar si, aunque hubiese sido solicitada sólo por un progenitor protegía el interés del menor o no.⁶³

Respecto al segundo requisito; se necesita informe del Ministerio Fiscal y en este caso hay que mencionar que en el inicio se hablaba de un informe favorable que era de obligado cumplimiento, esto significaba que si el informe era favorable el Juez podría decidir si establecía esta medida o no en función de los criterios de la jurisprudencia y los arts 92.6 y 92.9 y que si el informe no era favorable el Juez no iba a poder establecer la custodia compartida. Se entendió que de esta manera se estaba limitando la potestad decisoria del Juez, por lo que, se presentaron varias cuestiones de inconstitucionalidad que hizo que finalmente el TC lo declarara inconstitucional en la STC de 17 de octubre de 2012⁶⁴ justificándolo en que se estaba limitando la potestad jurisdiccional del Juez que corresponde de manera exclusiva al poder judicial, siendo, por tanto, los jueces quienes decidirán si procede o no la custodia compartida. De este modo, actualmente el informe del Ministerio Fiscal es potestativo, es decir, en caso en que Ministerio Fiscal considere que no es adecuado establecer la custodia compartida el Juez podrá considerar lo contrario siempre que sea beneficioso para el menor y después de analizar todos los criterios a tener en cuenta.

El tercer requisito sería la protección del interés del menor, que es el requisito sobre el que gira toda esta materia que siempre debe tenerse en cuenta para determinar el modelo de guarda y custodia del menor, por lo tanto, en este caso del apartado 8 se adoptará la custodia compartida sólo si se entiende que queda protegido el interés del menor y para ello se debe valorar si con esta custodia se va a ver más beneficiado el menor que con el modelo de custodia exclusiva, pero que como he expuesto con anterioridad es complicado esto al ser un concepto jurídico indeterminado, por ello, se tendrán en cuenta los criterios que haya establecido los Tribunales, los criterios del Art 2 LOPJM, además de los requisitos legales del Art 92.

⁶³ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española”...cit, p 156.

⁶⁴ STC 185/2012 de 17 de octubre de 2012

4.4.3. *Requisitos legales comunes en ambas modalidades*

Tras explicar las dos modalidades de solicitud de la custodia compartida, hay que concretar los requisitos que se exigen en ambos casos para comprobar si la solicitud de este modelo (por ambos o por un solo progenitor) protege el interés superior del menor, ya que, solo en este caso el Juez podrá adoptar la custodia compartida.

Además, del interés del menor, hay que mencionar los requisitos que se establecen en el apartado 6 que establece que: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.⁶⁵

En el apartado 9 se añade un requisito más que podrá ayudar a determinar la idoneidad o no de la custodia compartida y dice que “El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refiere los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior”.⁶⁶

Podemos concretar estos requisitos comunes en: recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores, valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y la relación entre los progenitores y con sus hijos y recabar dictamen de especialistas.

4.4.3.1. *Informe del Ministerio Fiscal*

Debido a la referencia anterior a este informe voy a hacer una breve exposición del mismo, hay que empezar diciendo que el Ministerio Fiscal intervendrá siempre en aquellos procesos en los que participe un menor de edad velando siempre por su protección y el Juez para decidir sobre si es adecuada esta modalidad de custodia recabará este informe que no va a ser vinculante para el Juez tal y como ya he dicho con anterioridad debido a que se eliminó la necesidad de que fuera favorable, por lo que, puede el Ministerio Fiscal no considerarla adecuada, pero el Juez sí y viceversa.

⁶⁵ Art 92.6 CC

⁶⁶ Art 92.9 CC

A pesar de esto, es importante tenerlo en cuenta, ya que, el informe siempre se justifica en la protección y en el interés del menor.

4.4.3.2. *Audiencia de los menores*

El derecho del menor a ser oído aparece porque se empieza a ver al menor como un sujeto de derecho ⁶⁷, este derecho aparece mencionado no sólo en el apartado 6, sino en el apartado 2 del Art 92 donde se establece que el Juez debe velar por el cumplimiento del derecho a ser oídos cuando haya que adoptar cualquier medida referida a la custodia, el cuidado y educación de los menores. ⁶⁸ Según el Art 92.6 se deduce que se trata de un derecho del que disponen los menores, pero no se va a ser obligatorio al decirse en el precepto “cuando se estime necesario”, pero va a ser conveniente tener en cuenta su opinión y esto significaría que se le va a oír cuando el Juez considere que es necesario su audiencia.

Además, también aparece reconocido este derecho en la LOPJM en su Art 9 donde se reconoce el derecho a ser oído sin discriminación alguna.

Para que esto tenga lugar se habla de aquellos menores que tengan suficiente juicio y esta audiencia se realizará en un lenguaje comprensible para el menor y adaptado al desarrollo y a las circunstancias del menor.

Si tenemos en cuenta lo establecido en el apartado 6 del Art 92 se deja en manos del Juez decidir si es conveniente oír al menos o a petición del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del equipo técnico judicial, por lo que, se podría decir que no es obligatorio.

Pero, para completar esta información hay que acudir a la LEC donde podemos encontrar una cierta contradicción con lo que acabo de describir porque se deduce del Art 777.5 LEC que en los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo no se exige que la audiencia del menor sea obligatoria, sino que se deja en manos de estas personas que he mencionado antes, por lo que, será oído con independencia de su edad siempre que lo consideren conveniente y tengan suficiente juicio. En cambio, del Art 770.4 LEC establece que si se trata de un procedimiento contencioso para decidir la modalidad de custodia se establece la obligatoriedad de escuchar al menor en caso de que tuviese suficiente juicio y que fuera mayor de doce años, pudiendo ser oídos también si fuera menor de dicha edad siempre que tengan suficiente juicio y madurez. Por lo que, en la LEC, al contrario de en el CC, se diferencia en función de si se trata de un proceso contencioso o no para ver si es

⁶⁷ IGLESIAS MARTÍN, C.R., “La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad”...cit, p 145.

⁶⁸ Art 92.2 CC

obligatorio o no la audiencia y también se hace una especial mención a la edad del menor, mientras que en el CC sólo se habla de los menores que tengan suficiente juicio.

Para finalizar hay que decir que la opinión del menor no tiene carácter vinculante para el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia, pero se tendrá en cuenta en función de la edad y madurez del menor y debe ser valorada junto con el resto de requisitos, ya que, van a servir para que el Juez tome una decisión porque le aportará información para conocer cuál es el interés del menor.

4.4.3.3. *Valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y la relación entre los progenitores y con sus hijos*

Esto se refiere a que el Juez debe tener en cuenta las alegaciones que hayan realizado en la comparecencia los padres y las pruebas que se hayan practicado en el procedimiento.

Por un lado, respecto a las alegaciones se refiere a las manifestaciones de los padres en el momento de declarar ante el Juez, ya que, pueden ser interrogados para conocer cuál es la voluntad de ellos y, por otro lado, las pruebas hacen referencia a las pruebas testificales.

Y es a través de estas cuestiones por las que se conocerá la relación que tienen entre sí los padres y que han mantenido con sus hijos antes de la ruptura de la convivencia y que siguen manteniendo, así como otras cuestiones de importancia ⁶⁹ que ayudarán a saber de la conveniencia o no de la custodia compartida.

4.4.3.4. *Dictamen de especialistas*

Hay que empezar diciendo que este dictamen no es obligatorio y además no será vinculante para el Juez, pero sí es conveniente, ya que, tiene importancia, como el resto de medidas, porque ayudará al Juez a la hora de considerar si protege al menor la custodia compartida o no. Estos dictámenes tal y como dice el precepto pueden ser a solicitud de parte, que incluye al Ministerio Fiscal, o de oficio.

El dictamen va a ser realizado por el equipo técnico judicial del juzgado o por uno designado por el Juez cuando no cuenten con él y se tratará de especialistas debidamente cualificados especializados en esta materia y que normalmente será un psicólogo o un trabajador social.

4.5. Criterios de atribución del régimen de guarda y custodia compartida

Como he venido diciendo a lo largo del trabajo, toda lo relativo a la guarda y custodia se rige por el principio del interés superior del menor, el cual debe ser tenido en cuenta por el

⁶⁹ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”...cit, pp 311-312.

Juez para establecer la modalidad de custodia y para ello además de tener en cuenta los presupuestos legales que acabo de exponer, debe tener en cuenta unos criterios que se han ido estableciendo jurisprudencialmente.

Las criterios que establecieron las sentencias del Tribunal Supremo fueron los siguientes: “La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar, los acuerdos adoptados por los progenitores, la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros, el resultados de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más completa que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.⁷⁰

Así, se puede entender, a rasgos generales, que el régimen de custodia compartida es adecuado cuando los progenitores residen en domicilios próximos en la misma localidad, cuentan ambos progenitores con apoyo de sus familias extensas, tengan buenas capacidades parentales, hayan estado ambos progenitores implicados en la crianza y educación de los menores y cuenten con un entendimiento mínimamente razonable.⁷¹

4.5.1. Las aptitudes personales de los progenitores

Se refiere a la capacidad que tienen los progenitores de asumir el cuidado de sus hijos y para ello hay que tener en cuenta tanto la relación que tienen los progenitores con sus hijos como la relación de los progenitores entre sí. En este segundo caso la relación entre los progenitores no tiene en sí misma especial relevancia, sino que se hace pensando en cómo afectará a los menores y si protegerá el interés del menor.

Hay que empezar diciendo que lo normal tras la crisis matrimonial es que la relación de los padres no sea similar a la que tenían con anterioridad, por ello, “el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia, que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación aconseje no adoptar

⁷⁰ STS de 8 de octubre de 2009 (RJ: 4606), STS de 10 de marzo de 2010 (RJ: 2329), STS de 11 de marzo de 2010 (RJ: 2340) y STS de 1 de octubre de 2010 (RJ: 7302).

⁷¹ STS de 17 de enero de 2019 (ECLI: ES: 2019: 50)

el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”.⁷²

En casos en que haya un mala relación entre los progenitores es menos probable que se opte por la custodia compartida porque “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.⁷³ Por ello, en muchos casos esta mala relación ha supuesto la denegación de la custodia compartida al considerar los Tribunales que la buena relación de los progenitores es un presupuesto necesario para el buen funcionamiento de la custodia compartida⁷⁴ y sobre todo en aquellos casos en los que se pueda perjudicar la estabilidad del menor y puedan verse afectados de forma negativa. Sin embargo, “la existencia de desencuentros propios de las crisis de convivencia no justifica *per se* que se desautorice el sistema de custodia compartida”.⁷⁵

Teniendo en cuenta esto, lo que se pide para atribuir esta custodia compartida es que los progenitores tengan una relación educada y madura con capacidad de dialogar, cooperar y llegar a acuerdos y evitar que haya una relación conflictiva entre ellos. Por lo tanto, esta capacidad existirá siempre que exista cooperación, entendiendo, colaboración y ayuda entre ambos con el objetivo de lograr la estabilidad y el bienestar del menor

También habría que tener en cuenta la capacidad de los padres de tener un modelo educativo común que se trata de que durante la alternancia en la convivencia cambie el guardador, pero no la línea educativa y formativa⁷⁶ y de esta forma se permita la estabilidad del menor, ya que, cuando más se parezca es más fácil para el menor el cambio de domicilio porque si no puede ser perjudicial para su desarrollo, así se ha denegado en algunas ocasiones

⁷² STS de 12 de mayo de 2017 (RJ: 2053), de 17 julio 2015 (RJ: 2784) y de 27 de junio de 2016 (RJ: 3717)

⁷³ STS 30 de octubre de 2014 (RJ: 5268) y STS de 24 de abril de 2018 (ECLI: ES: TS: 2018: 1478).

⁷⁴ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., “¿Custodia compartida preferente o interés del menor?...”,cit, pp 317-318.

⁷⁵ STS de 27 de octubre de 2021 (ECLI: ES: TS: 2021: 4022).

⁷⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa”..., p 20.

la custodia compartida por no existir entre los progenitores un modelo educativo común, entre otras cosas.⁷⁷

Por último, en este punto también hay que tener en cuenta la relación que existía entre los padres y sus hijos, tanto antes de la ruptura como después, es decir, se va a tener en cuenta a la hora de atribuir la custodia compartida la dedicación de cada uno de los progenitores al cuidado y atención de sus hijos, así como los vínculos emocionales con ellos. Con esto se trata de ver si existe de verdad un reparto igualitario de las responsabilidades con respecto al cuidado de los hijos.

4.5.2. *La proximidad de los domicilios de los padres*

Hay que partir que en esta modalidad de custodia compartida el menor va a alternar periodos de estancia en el domicilio de cada progenitor y este criterio se fundamenta en garantizar la estabilidad del entorno habitual del menor, la cual se logra manteniendo ciertos puntos de referencia como el colegio, las amistades de los menores, el médico, sus actividades diarias etc.⁷⁸ Con esto se trata de evitar un cambio en el entorno social, familiar y educativo del menor.

La proximidad de los domicilios de los padres va a favorecer a establecer el modelo de custodia compartida, de forma contraria, la distancia entre los domicilios se valorará de forma negativa por entender que es perjudicial para el menor tanto en su nivel emocional como en su rendimiento académico. A pesar de esto, la distancia entre los domicilios de los progenitores no ha sido considerada por los Tribunales en muchas ocasiones como un impedimento para establecer el sistema de custodia compartida, ya que, este aspecto se debe ponderar junto a los demás, no siendo, por tanto, “ni determinante ni excluyente” y así, en ocasiones se ha otorgado la custodia compartida cuando los padres vivían en poblaciones distintas, pero vecinas porque los problemas de distancia de los domicilios se compensaban con las ventajas de que los menores estuvieran con ambos progenitores.⁷⁹

4.5.3. *La conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores*

La custodia compartida supone que haya una atención continua y diaria del menor y para ello hay que ver si los progenitores pueden encargarse de ellos en condiciones de igualdad,

⁷⁷ SAP Madrid de 31 Marzo de 2014 (rec. 370/2013/Tol 4278720)

⁷⁸ PÉREZ VALLEJO, A.M y SAINS-CANTERO CAPARRÓS, M.B., “Protección de la infancia...cit, p 42.

⁷⁹ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., “¿Custodia compartida preferente o interés del menor?...cit, pp 342-343.

es decir, hay que comprobar la disponibilidad de los progenitores para tener un trato directo con sus hijos y compatibilizar su horario laboral con el cuidado de sus hijos y por ello, en muchas ocasiones se ha denegado la custodia compartida por considerar que las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de uno de los progenitores era dudosa⁸⁰ porque se ha entendido que la menor posibilidad de lograr esta conciliación merma o dificulta la disponibilidad para el trato y atención directa con los menores.⁸¹

También hay que decir, que en muchas ocasiones se ha atribuido la custodia compartida por tener como recurso el apoyo de familiares o terceras personas a las que delegar el cuidado y atención del menor cuando el padre o madre no pueden para así lograr esta conciliación, pero sin dejar de lado que deben ser los padres quienes de forma primordial se tiene que encargar del cuidado de sus hijos y esto se tiene que reducir a momentos concretos.

4.5.4. Medios materiales suficientes

Con esto se refiere a la capacidad económica que tiene los progenitores para hacer frente a los gastos que surjan como consecuencia de esta custodia compartida, es decir, se requiere que tengan medios económicos suficientes.

La custodia compartida está resultando eficaz en los casos en que ambos padres obtienen ingresos y la obligación de mantenimiento de los hijos se concreta en aportar una cantidad fija en proporción a los ingresos que tiene cada uno en una cuenta bancaria común para así hacer frente a gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos siendo gestionada por ambos padres.⁸²

4.5.5. La edad de los hijos y el número de hijos

La cuestión de la edad no es algo fundamental y determinante, pero en muchos casos servirá o bien para considerar que es adecuada la custodia compartida y en otros casos, para todo lo contrario.

No hay una edad concreta que se considere que sea adecuada o no para la custodia compartida, pero, hay edades en las que tener en cuenta este factor es mucho más importante que en otra, sobre todo, cuando los menores tengan una corta edad, especialmente durante la lactancia, donde no conviene que se separe de la madre durante mucho tiempo para su

⁸⁰ SAP Alicante de 5 mayo de 2015 (rec 200/2015/tol 5395212)

⁸¹ SSAP Valencia de 6 de noviembre de 2014 (rec. 851/2014/Tol 4746660) y 28 de julio de 2014 (rec. 366/2013 /Tol 4544391).

⁸² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida”...cit, p 16.

correcto desarrollo y por ello, en estos casos se suele atribuir la custodia a la madre, desaconsejándose la custodia compartida. Esto es así, no sólo por las necesidades fisiológicas, sino por la necesidad de los niños de corta de edad de estabilidad y hábitos cotidianos para su bien y requiriéndose para ello un cuidador primario que garantice estas condiciones de seguridad.⁸³

Esto es así hasta que el niño crezca y tenga cierta madurez para comprender la situación, por ello, se recomienda la custodia compartida cuando los menores tenga suficiente edad y que de esta forma no pierdan la relación con cada uno de los progenitores.

Además de la edad, también habrá que tener en cuenta el número de hijos, no sólo por lo referido al principio de no separar a los hermanos que ya he desarrollado, sino especialmente relacionándolo con la capacidad de mantenimiento desde el punto de vista de poder cubrir las necesidades de todos los hijos. Cuantos más hijos tienen hay más dificultades por parte de los padres para lograr una estabilidad en todos ellos y que lleven una vida más parecida a la que tenían antes de la crisis matrimonial.

4.5.6. *La voluntad de los menores*

Tener en cuenta la voluntad de los menores es una manifestación del principio del interés del menor. Ya he hablado de la importancia de la voluntad de los menores y de su derecho a ser oído que aparece reconocido en numerosas leyes españolas y en concreto en la legislación civil. Por tanto, hay que tener en cuenta la voluntad de los menores en aquellas cuestiones que se refieren a su cuidado y educación siempre que tengan suficiente juicio y madurez.

Su voluntad no va a ser decisiva, pero sí que es importante y ha de tenerse en cuenta sus deseos, ya que, se busca su protección y beneficio, pero que habrá de ser valorado junto al resto de los criterios. Esta voluntad ha servido a lo largo de la jurisprudencia tanto para adoptar la custodia compartida como para excluirla.

4.6. Causas de denegación de la custodia compartida

Tras haber visto todos los requisitos y criterios que se exigen para atribuir la custodia compartida, hay hablar ahora de aquellos casos en los que se va a denegar. Hay que empezar destacando que la regulación de la custodia compartida en 2005 se centró más de hablar de aquellos casos en los que no cabía la custodia compartida que de concretar los requisitos y criterios que debían concurrir para poder adoptarla.

⁸³ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., “¿Custodia compartida preferente o interés del menor?...”cit, p 362.

La custodia compartida se denegará en primer lugar, por la falta de los requisitos legales descritos en el Art 92 CC tanto en la modalidad en que lo solicitan ambos progenitores como el supuesto excepcional en que sea a petición de uno.

En segundo lugar, se denegará la custodia compartida si tras la valoración de los criterios fácticos exigidos para el buen funcionamiento de la custodia compartida, que son los criterios jurisprudenciales del apartado anterior, el Tribunal considera que la custodia compartida no es adecuada para el caso concreto y llevará a la exclusión de la custodia compartida, es decir, que exista una relación conflictiva entre los padres o con sus hijos, la falta de capacidad de los padres para el cuidado de los hijos, así como poder lograr un modo educativo común, la falta de proximidad de los domicilios que provoca la inestabilidad del menor, la imposibilidad de los padres de conciliar la vida familiar y laboral o la falta de medios materiales económicos suficientes para hacerse cargo de los menores.

Además, la falta de justificación en la adopción del régimen de custodia compartida en el interés del menor puede suponer una causa de denegación debido a que es el principio rector de esta materia.

Y, por último, es el propio CC también el que concreta unos supuestos en los que no puede proceder la custodia compartida, en concreto, en el Art 92 en el apartado 7 donde dice “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.⁸⁴

En este precepto podemos diferenciar tres situaciones: la primera cuando uno de los progenitores está incurso en un proceso penal por alguno de los delitos mencionados contra el otro cónyuge o sus hijos, la segunda por haber indicios de violencia doméstica o de género contra las mismas personas y la tercera es que existan o que se amenace con malos tratos a animales con el objetivo de controlar al cónyuge o a los hijos.

4.7. Funcionamiento y ejercicio del régimen de guarda y custodia compartida

Cuando se adopta como modelo de custodia la custodia compartida va a tener unas consecuencias que llevarán a tomar ciertas medidas sobre algunos aspectos que no aparecen

⁸⁴ Art 92.7 CC

especialmente regulados en el CC con la finalidad de lograr un buen funcionamiento del nuevo modo de vida tras la ruptura de la convivencia como es lo referido al régimen de estancia y comunicación, la contribución de los progenitores al mantenimiento de los hijos menores y la determinación de a quien corresponde el uso de la vivienda habitual.

4.7.1. Régimen de estancia y comunicación

La ruptura de la convivencia de los progenitores y la correspondiente atribución de custodia exclusiva o compartida pone de manifiesto la necesidad de determinar el modo en el que se va a relacionar el menor con el progenitor con el que en ese momento no conviva.

Queda claro que en caso de atribuir la custodia exclusiva a uno de los progenitores el otro progenitor dispondrá un régimen de comunicación, más o menos amplio, que permitirá seguir mantenido relación con el menor, pero en el caso de la custodia compartida también existe el régimen de comunicación y estancia del progenitor que en ese momento no esté ejerciendo la custodia y que no tenga al menor en su compañía.

La necesidad de determinar el régimen de comunicación se justifica en el derecho del menor a relacionarse y comunicarse con ambos progenitores independientemente de la modalidad de custodia asignada, en garantizar que los padres sigan ejerciendo sus responsabilidades inherentes a la patria potestad, así como participar en igualdad en el cuidado de sus hijos y en el interés superior del menor. La determinación de este régimen aparece reconocida en el Art 94.1 CC que dice que “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.⁸⁵

La finalidad de este régimen es aproximar esta nueva situación a la vida anterior a la ruptura matrimonial y garantizar el bienestar del menor.

La forma en la que se desarrolle este régimen de comunicación va a depender del caso concreto, pudiendo haber tantas formas como casos. Por ello, dependerá también mucho de la cercanía o lejanía del domicilio de cada uno de los progenitores.

Lo ideal sería que fueran los padres quienes de mutuo acuerdo determinen el régimen de visitas, pero en caso en que esto no fuera así va a ser el órgano judicial quien lo determine siempre en interés del menor.

En el caso de la custodia compartida hay ocasiones en las que no será necesario fijar este régimen cuando la alternancia en la convivencia se trate de periodos muy cortos de tiempo

⁸⁵ Art 94.1 CC

para así no desestabilizar al menor, pero si el periodo de alternancia es quincenal si se establecerán visitas con el progenitor que no sea custodio en ese momento ⁸⁶ para permitir que durante ese tiempo el menor siga comunicándose con el otro progenitor.

Además de garantizar la relación del menor con sus padres, hay que garantizar que se mantenga la relación con otros familiares como hermanos, abuelos u otros parientes cercanos y así lo reconoce el Art 160.2 CC al decir que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”.⁸⁷ A pesar de que en el precepto se refiere a otros parientes, hay que destacar la relación con los abuelos porque se ha entendido que mantener estas relaciones es fundamental para el bienestar del menor, para su desarrollo personal, logrando una estabilidad en el menor porque permite tener al menor un entorno distinto y alejado de los posibles problemas entre los progenitores que ha ocasionado la ruptura. Además, no se va a poder negar esta relación con los abuelos por las malas relaciones familiares que haya entre los abuelos y los progenitores del menor ⁸⁸, sólo se podrá denegar cuando haya causa justa en base al interés del menor.

4.7.2. *Contribución al mantenimiento de los hijos menores (obligación de alimentos)*

Los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad y esta obligación se fundamenta en el deber que tienen los progenitores por el hecho de serlo de asegurar la subsistencia de sus hijos. Esta obligación hay que diferenciarla de la obligación de alimentos sobre parientes, ya que, la primera nace con respecto a los hijos menores independientemente de que se encuentren en situación de necesidad o no y esto es así porque nace de la filiación debido a que los padres estarán obligados a prestar alimentos, aunque no ejerzan la patria potestad (Art 111 CC), por lo que, hay que entender la obligación respecto a los hijos menores en sentido amplio. Igual que se trata de un deber para los padres, en el caso de los hijos menores de edad es un derecho personalísimo, irrenunciable, intrasmisible e inembargable a terceros.⁸⁹

Al igual que están obligados a esto durante la vida conyugal, cuando se produce la ruptura de la convivencia, los padres seguirán obligados a prestar alimentos porque la nulidad, separación o divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (Art 92.1

⁸⁶ STS de 4 de febrero de 2016 (RJ/2016/494)

⁸⁷ Art 160.2 CC

⁸⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde...”, p 143.

⁸⁹ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida...”, p 216.

CC), por ello, hay que determinar de qué forma van a contribuir cada uno de los padres al mantenimiento de sus hijos especialmente para evitar que los menores sufran una disminución de calidad de vida como consecuencia de la crisis matrimonial.

Esta obligación de prestar alimentos que es inherente a los padres va a tener que regularse en caso de crisis matrimoniales y es lo que hace el Art 93 CC que menciona la obligación de prestar alimentos a los hijos menores para los casos de nulidad, separación o divorcio. Los sujetos que forman parte de esta obligación de alimentos son el alimentante deudor que serán los padres y los acreedores alimentistas serán los hijos menores de edad no emancipados, pero no quiere decir que esta obligación se extinga al alcanzar la mayoría de edad, la diferencia es que se va a fundamentar en el precepto referido a la obligación de prestar alimentos entre parientes del Art 142 CC y no en el Art 93 CC.

Vamos a entender por alimentos lo que aparece en el Art 142 CC que es lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación mientras sea menor de edad y los gastos de embarazo y parto⁹⁰, pero como he dicho la obligación de dar alimentos a los hijos menores se entiende en un sentido amplio, debiéndose incluir no sólo estos alimentos, sino en todo lo necesario para el cuidado y educación del menor.

Hay que diferenciar dos tipos de gastos que pueden surgir que son los gastos ordinarios y los gastos extraordinarios y la doctrina para diferenciarlos ha establecido dos características fundamentales de los gastos ordinarios que es la previsibilidad y la periodicidad⁹¹, por lo que, los gastos extraordinarios serán aquellos que no son previsibles y que no son periódicos.

Calcular el modo de contribución va a ser distinto en función del modelo de custodia establecido y, en primer lugar, se estará a lo pactado entre las partes y en caso en que no exista este acuerdo lo hará el Juez guiado por el principio de proporcionalidad que significa que cada progenitor contribuirá en proporción a sus recursos económicos.

Se puede entender que en el caso de la custodia exclusiva el pago de una pensión alimenticia siempre se da, pero cuando se establece el modelo de custodia compartida también puede ocurrir especialmente en aquellos casos en los que hay una gran desproporción entre los ingresos de cada progenitor.

Para calcular la cuantía de la contribución de cada progenitor en el caso de la custodia compartida la Ley no ha establecido el modo de contribución, pero la jurisprudencia del

⁹⁰ Art 142 CC

⁹¹ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”, p 449.

Tribunal Supremo ha ido fijando diversas modalidades basándose principalmente en dos factores: uno es el tiempo que permanece el menor con cada progenitor y otro es la capacidad económica de cada progenitor.

En primer lugar, respecto a los gastos ordinarios hay que diferenciar varios escenarios: cuando el tiempo de permanencia con los hijos y los recursos económicos de ambos son similares se suele optar por que cada progenitor haga frente a los gastos que hayan tenido lugar durante el tiempo en que han estado en su compañía sin establecer la obligación de pago de una pensión de alimentos por un progenitor. Otro posible escenario es que el reparto temporal sea muy diferente o que haya una desproporción entre los ingresos de cada progenitor o que uno de los progenitores no tenga ningún tipo de ingreso, en este supuesto se suele acudir a que uno de los progenitores tenga que hacer frente a pagar una pensión de alimentos satisfaciéndola solo en los periodos en los que el otro progenitor tenga en su compañía al menor. Otra posible opción para el supuesto en que haya una desproporción entre los ingresos es abrir una cuenta bancaria común en la que ambos progenitores aportarán una determinada cantidad, ya sea igual o diferente, en proporción a sus recursos, pudiendo hacer frente con esta cuenta no sólo a los gastos ordinarios sino también a los extraordinarios. Además de estas opciones, puede haber otros muchos modos de contribución, debiéndose valorar el caso concreto y determinando un modo que se adapte a la situación de cada familia.

Cuando se trata de gastos extraordinarios se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica de cada progenitor; cuando la capacidad es parecida entre ambos, lo habitual es que cada uno asuma la mitad de los gastos y en caso contrario, habrá que determinar el porcentaje en el que contribuirá cada uno, siendo el mejor modo de hacer frente a estos gastos a través de una cuenta bancaria común. También cabe la posibilidad de que sea el progenitor con el que está quien haga frente al gasto extraordinario que surja en el momento y que después el otro progenitor pague lo que le corresponde.⁹²

El Juez a instancia del propio hijo, de otro pariente o del Ministerio Fiscal puede tomar las medidas cautelares necesarias para asegurar la prestación de alimentos y prever a las futuras necesidades del hijo (Art 158.1 CC)⁹³ y en caso de incumplimiento por el progenitor custodio puede dar lugar a modificar el régimen de guarda y custodia, incluso es una causa de desheredación y puede dar también lugar al delito de abandono de familia. El motivo de estas consecuencias tan graves es debido a que se trata del bienestar del menor y que

⁹² MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia”, pp 465-467.

⁹³ Art 158.1 CC

incumplir esto puede suponer un empeoramiento de la vida del menor a la hora de cubrir sus necesidades.

4.7.3. *Uso de la vivienda familiar*

Tras la crisis matrimonial, la atribución del uso de la vivienda familiar es un tema muy conflictivo entre la pareja y es la cuestión que va a generar más problemas en estas situaciones porque normalmente es el activo patrimonial principal que tiene la familia.

Se entiende por vivienda familiar “el lugar donde se desarrolla la vida familiar, el lugar de residencia habitual de los miembros de la unidad familiar en la que se ejercen las funciones, derechos y deberes propio e inherentes a la familia. Lo que realmente califica a una vivienda familiar como tal, es el uso que se realiza sobre la misma. Es ese derecho al uso el que implica facultades de ocupación y disfrute de todos los miembros de la unidad familiar sobre la misma, de forma permanente y conjunta”.⁹⁴

El Art 96.1 regula la atribución de la vivencia familiar tras la separación o divorcio que dice que “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía quede, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad...”.⁹⁵

De este precepto se puede deducir que se permite que los progenitores decidan de mutuo acuerdo a quien va a corresponder el uso de la vivienda, formando parte esto del contenido del convenio regulador en el Art 90 y siempre debiendo ser homologado por el Juez. Este acuerdo de los progenitores va a tener primacía, pero en caso de que no hubiesen llegado a un acuerdo es cuando se acudiría a este Art 96 CC.

Lo expuesto del Art 96.1 CC se refiere al supuesto en que se otorgue la custodia exclusiva a uno de los progenitores donde se señala que se atribuye la vivienda familiar al menor y al progenitor en cuya compañía quede, pero esto no se puede aplicar en el supuesto de la custodia compartida porque se alternará la compañía de los menores con cada progenitor. También en el Art 96.1 en el último párrafo se contempla el supuesto en que uno de los hijos quede en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, teniendo que ser resuelto esto por la autoridad judicial. Antes de pasar a hablar del supuesto de la custodia compartida, hay que añadir que el Art 96.2 plantea otro caso que es el escenario en el que no haya hijos y se contempla la posibilidad de atribuir la vivienda familiar al cónyuge no titular

⁹⁴ DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida...”, p 197.

⁹⁵ Art 96.1. CC

siempre que fuera lo aconsejable y siempre en interés del cónyuge más necesitado de protección.⁹⁶

Como hemos visto este precepto habla especialmente de los casos de custodia exclusiva y a pesar de que en el CC se introdujo la posibilidad de atribuir la custodia compartida no se contemplaron las reglas para atribuir la vivienda familiar a uno de los progenitores. La regla general para atribuir la vivienda familiar en este caso es el interés más necesitado de protección, debiéndose tener siempre en cuenta el interés del menor que se satisfará garantizando que tenga una vivienda digna donde vivir y crecer. Como ya he dicho, la aplicación del párrafo primero del Art 96.1 y el Art 96.2 no es compatible con la custodia compartida, por ello, la doctrina y la jurisprudencia ha optado por aplicar por analogía el Art 96.1 en su último párrafo en los supuestos de custodia compartida, ya que, queda abierta la posibilidad a que el Juez sea quien decida lo procedente y va a hacer que el Juez para atribuir la vivienda familiar tenga que analizar el caso concreto y tener en cuenta el interés más necesitado de protección y si la vivienda es privativa o de ambos.

En conclusión, las posibles soluciones ante esta falta de regulación es primero acudir a acuerdo de los progenitores y en caso en que no lo haya ha habido una tendencia a aplicar el Art 96.1 en su último párrafo por analogía y esto supone que va a quedar en manos del Juez decidir sobre la atribución de la vivienda familiar y hay que destacar que es posible atribuir la vivienda familiar a quien no es el propietario de la vivienda y para determinar esto el Juez va a tener en cuenta varios criterios que podemos deducir de la STS de 24 de octubre de 2014⁹⁷: el interés más necesitado de protección que se dará cuando permita a los menores alternar los periodos de estancia con ambos progenitores, también otros criterios que a la vez sirven para determinar el interés más necesitado de protección son ver si la vivienda es privativa, de ambos o de un tercero, la capacidad económica de cada progenitor, la situación laboral y personal de cada progenitor y en definitiva, la circunstancia del caso concreto. Además, hay que decir que se puede limitar en el tiempo la atribución del uso de la vivienda. También a mayores hay que tener en cuenta el interés del menor que se refiere a que los menores tengan una vivienda adecuada a sus necesidades.

Teniendo en cuenta esto podemos ver que se puede dar lugar a diferentes situaciones: en primer lugar, que se otorgue el uso de la vivienda al menor y son los padres quienes de forma alterna tengan su uso y este es el supuesto de la “custodia nido” y en segundo lugar, se puede

⁹⁶ Art 96.2 CC

⁹⁷ STS de 24 de octubre de 2014 (RJ/2014/5180)

dar el caso en que se atribuya el uso de la vivienda a uno de progenitores y será el menor el que se desplace según la distribución del tiempo de domicilio, pero correspondiendo a uno el uso de la vivienda familiar, normalmente al que se encuentre en una situación económica peor atendiendo al interés más necesitado de protección y esta situación se da cuando este progenitor no puede garantizar el tener una vivienda en los periodos en los que tenga que tener en su compañía al menor, pudiendo ser esta atribución temporal hasta que pueda permitírsele a nivel económico.

4.8. Ventajas e inconvenientes de la custodia compartida

Tras ver en que consiste la custodia compartida, los criterios para determinarla y su funcionamiento voy a pasar a enumerar las ventajas e inconvenientes que se pueden destacar del modelo de custodia compartida.

En primer lugar, las ventajas que hay existen no sólo para los hijos sino también para los padres. Respecto a los hijos la principal ventaja es que permite a los menores relacionarse con ambos progenitores, es el régimen de custodia más similar al modelo de convivencia anterior a la crisis matrimonial y esto permite que los menores no se vean tan afectados por esta nueva situación y que no suponga un gran cambio en su vida cotidiana y en consecuencia no supone un distanciamiento con ninguno de los progenitores, también se evitan sentimientos negativos de los hijos como de miedo al abandono, de culpa, de negación, de suplantación o conflicto de lealtades⁹⁸, también enriquece el mundo social, afectivo y familiar del menor adaptándose a dos formas de ver la vida y teniendo así una visión más amplia de su personalidad y logrando una estabilidad emocional al sentirse queridos, educados y compartidos por ambos progenitores⁹⁹ y todo esto aporta al menor mayor autoestima, confianza y capacidad de adaptación a la nueva situación.

Respecto a los progenitores permite a ambos tener a los hijos en su compañía y participar en el desarrollo, cuidado y educación de sus hijos, se garantiza el principio de igualdad entre los progenitores, ya que, participan en la vida del menor de forma muy similar, permitiendo así a los progenitores seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones con respecto a sus hijos y esto quiere decir que existe una corresponsabilidad en las obligaciones de los padres para con sus hijos. Además, los progenitores van a compartir las cargas y colaborar en proporción a sus recursos y con este modelo de custodia se va a fomentar la buena relación y la

⁹⁸ IGLESIAS MARTÍN, C.R., “La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental...”, pag 120.

⁹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa”, p 14.

cooperación entre los progenitores dejando de lado las luchas por la custodia de los hijos y haciendo que busquen puntos en común favoreciendo de esta manera que lleguen a acuerdos y lograr un modelo educativo común y también la custodia compartida permitirá a los padres compatibilizar la vida laboral y personal.

Otra ventaja tanto para los menores como para los progenitores es el fin de los pleitos y luchas por la custodia de los hijos y este fin de los conflictos favorece a los menores en su estabilidad emocional y también a los padres al dejar de cuestionarse su idoneidad y dejándose de lado la dinámica de perdedor-ganador que se da en la custodia exclusiva.

Por otro lado, respecto a los inconvenientes, destaca la inestabilidad para los menores por los cambios continuos de domicilio, dificultad de los menores para adaptarse a nuevos núcleos familiares que se creen y de lograr acuerdos o tener los mismos criterios para cuestiones de la vida cotidiana de los menores por los padres.¹⁰⁰

Podemos deducir que hay más ventajas que inconvenientes, pero esto no quiere decir que esto siempre sea así y que la custodia compartida siempre sea la mejor opción en todas las situaciones, ya que, hay que analizar el caso concreto en base a los requisitos y criterios ya expuestos, por ello, como dice LAUROBA LACASA “la custodia compartida siendo un sistema beneficioso en la mayoría de los casos no se puede atribuir de forma indiscriminada”.

¹⁰¹

5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y LA IMPORTANCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Uno de los conflictos que pueden darse en el ámbito familiar son las crisis matrimoniales, las cuales no solo van a afectar a la propia pareja, sino que los hijos menores, en caso de que los hubiera, son los que tienen más riesgo de sufrir las consecuencias de estas crisis y rupturas, ya que, implica un cambio de las circunstancias y la necesidad de tomar determinadas medidas donde el menor se verá afectado de forma directa. Por ello, para evitar perjudicar al menor y su desarrollo hay que protegerlo tomando medidas para defender sus derechos y para salvaguardar el interés superior del menor, el cual he venido mencionando durante todo el trabajo debido a su importancia, y este principio es el que va a regir en cualquier materia en la que intervenga un menor y también en las situaciones de ruptura matrimonial para determinar el modelo de custodia. De este modo, todas las decisiones que se tomen por las

¹⁰⁰ SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 (ECLI: ES:APB: 2007:1)

¹⁰¹ IGLESIAS MARTÍN, C.R., “La custodia compartida...”, p 123.

autoridades judiciales o por los padres deben tener en cuenta siempre el interés del menor que va a prevalecer sobre cualquier otro interés de los que haya en conflicto.

Teniendo en cuenta esto hay que remarcar la importancia de la protección de la infancia, la cual aparece reconocida en nuestro ordenamiento y va a consistir en garantizar los derechos fundamentales del menor y el desarrollo de su personalidad. De esta protección estarán encargadas su propia familia, también lo estarán los poderes públicos y todas las instituciones públicas relacionadas con los menores y esto significa que sus actuaciones deben ir encaminadas a la protección jurídica de los menores y esta protección se va a regir por el principio rector del interés superior del menor.

Los sujetos sometidos a esta protección son los menores y la minoría de edad es un estado civil que se caracteriza por la dependencia personal y patrimonial de los menores sujetos a la patria potestad y en estos casos va a actuar los padres como representantes legales de los menores.¹⁰² El reconocimiento de esta figura surge como consecuencia del crecimiento de los supuestos en los que se ven implicados los menores debido a las crisis o conflictos matrimoniales y que hacen necesario que los poderes públicos les protejan porque tienen una consideración especial con motivo de que no tengan capacidad decisoria y sean otros quienes deciden por él.¹⁰³ En base a esto, el menor tiene una capacidad de obrar restringida y esto quiere decir que su capacidad de obrar es potencial, evolutiva y progresiva en función de su madurez y edad¹⁰⁴, por lo tanto, es titular de derechos con capacidad de ejercerlos de forma progresiva en función de su madurez y desarrollo y es el cambio social el que ha dado lugar a un cambio en la posición social del menor y a una mayor protección de sus derechos en la infancia.

Tras esta introducción, voy a pasar a exponer el régimen jurídico de protección del menor que se ha ido ampliando a lo largo del tiempo y que encontramos su primera aparición en la Constitución Española de 1978 especialmente a través del Art 39 donde se garantiza la protección jurídica de los hijos por los poderes públicos. Con posterioridad a la CE se vio necesario adaptar el CC a la misma y así se hizo con las reformas de 1981, 2005 y hasta la última de 2021 donde también aparece contemplada esta protección del menor en numerosos

¹⁰² LINACERO DE LA FUENTE, M., “Derecho de la persona y de las relaciones familiares”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p 54.

¹⁰³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del tribunal supremo”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p 12.

¹⁰⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M., “Derecho de la persona...cit, p 54.

preceptos en materia de derecho de familia y, además, formará también parte del régimen jurídico la LO de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996 que fue la primera ley que establecía que el interés del menor primaría sobre cualquier otro interés y que fue modificada en algunos preceptos por la LO de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 22 de julio de 2015 y es esta Ley la que en especial voy a tener en cuenta porque introduce criterios para determinar el concepto de interés del menor en base a los criterios de la jurisprudencia. También, además de a nivel estatal, está protección se ve en la legislación autonómica.

Por otro lado, hay que mencionar que la protección del menor se va a ver reflejada también a nivel internacional, la cual no voy a desarrollar, ya que, el centro de este trabajo es el derecho español, pero si me parece de importancia mencionar las principales, empezando por la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 que fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 donde los Estados se comprometen a respetar los derechos que aparecen mencionados y se establece que todas las medidas relativas a los niños debe atenderse al interés superior del menor, así corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado cuando los progenitores no tienen capacidad de hacerlo ¹⁰⁵, también hay que destacar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorporada al Tratado de Lisboa ratificado por España en 2010 que también reconoce los derechos de los menores y el interés superior del menor y el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996.

Esta normativa que regula instituciones que afectan a los menores y sus derechos conforman el estatuto jurídico del menor con la finalidad de su protección justificándose en su minoría de edad y en la prevalencia de su interés. ¹⁰⁶

Como podemos observar esta protección se encuentra presidida por el principio del interés superior del menor y el ámbito jurídico en que se da este principio es en el derecho de la persona y de la familia, por ello, afecta a la institución de la guarda y custodia tras la crisis matrimonial.

He venido hablando del interés del menor a lo largo del trabajo y se puede concretar en las siguientes características: es el principio rector de toda la materia de derecho de familia y en el caso que nos ocupa en el presente trabajo de la guarda y custodia, este interés va a primar sobre el de los demás familiares, debiéndose tomar cualquier medida que afecte al

¹⁰⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde...cit, p 36.

¹⁰⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “El interés del menor”. Dykinson, Madrid, 2007, p 35.

menor respetando el mismo y respecto a su concepto es indeterminado y se va a concretar en cada caso particular lo cual permite que se pueda adaptar a cada periodo social, es decir, es una cláusula general a la que se dará contenido en cada supuesto teniendo en cuenta las características propias del menor en cada caso. Esto significa que será de aplicación directa por el Juez y que la interpretación del derecho de familia tiene su centro en el menor. Debido a esta falta de concepto la jurisprudencia se ha encargado a lo largo del tiempo en establecer criterios que van a ayudar a tomar una decisión que sea adecuada para el interés del menor.

Hay que destacar que el interés del menor tiene una doble dimensión: una dimensión positiva que se refiere a lograr el bienestar del menor y una dimensión negativa que consiste en evitar las medidas que vayan a perjudicar al menor.¹⁰⁷

Según RIVERO HERNÁNDEZ el interés superior del menor exige una doble labor: primero precisar el significado y su contenido que lo va a hacer la Ley y luego comprobar en que situaciones concretas se da esta protección al menor y en este segundo caso se encargará el Juez de la aplicación de este principio con una previa labor interpretativa del mismo.¹⁰⁸

Esta indeterminación tiene una ventaja que es la capacidad de que se pueda aplicar en cualquier supuesto y realidad social sin importar las circunstancias del caso concreto, pero tiene el inconveniente de que puede tener cierta inseguridad jurídica por depender del criterio subjetivo del Juez en su valoración y aplicación al caso concreto.¹⁰⁹

El interés superior del menor es considerado en el Art 2.1 LOPJM como primordial en todas las medidas que vayan a afectar a los menores en cuestiones de ámbito público y privado, declarándose su primacía sobre cualquier otro interés legítimo. Esta Ley también menciona en el Art 2.4 donde establece que si concurre este interés con cualquier otro primero se debe procurar respetar ambos, pero si no es posible se debe priorizar el del menor sobre cualquier otro.

Antes de hablar de los criterios que se han establecido para dar contenido al interés del menor hay que acudir a la Exposición de Motivos de la LO de 2015 por la que se reformará la LOPJM de 1996 en la que se define el interés del menor desde un contenido triple: en primer lugar, como derecho sustantivo porque el menor tiene derecho a que cuando se vaya a adoptar medidas que le vayan afectar se tengan en cuenta su interés; en segundo lugar, como principio general de carácter interpretativo porque si una norma puede ser interpretada

¹⁰⁷ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...cit, pp 257-258.

¹⁰⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “El interés del menor..cit, p 269.

¹⁰⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “Nadie pierde...cit, p 39.

de varias formas se va a optar por la que mejor proteja el interés del menor; y, por último, como norma de procedimiento que se refiere a que el interés del menor debe tener unas garantías procesales en la toma de decisiones que ya mencionaré más adelante.

Pero como vengo diciendo la mayor dificultad de este principio es concretar su significado y los criterios que ayuden a ello, que, si bien hay referencias al mismo en numerosas normas, su concepto y contenido no aparece de forma concreta dando lugar a diversas interpretaciones del mismo por los Tribunales. Para empezar, va a ayudar a concretar su significado tener en cuenta los derechos fundamentales del niño y comprender que respetando los mismos se está actuando en interés del menor. Estos derechos aparecen en la Convención sobre los derechos del niño de 1989 y también podemos verlos descritos en la LOPJM donde se mencionan el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y reunión, derecho a la libertad de expresión y el importante derecho a ser oído y escuchado del que he hablado con anterioridad según el cual hay que tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. También ayudará conocer su contenido la voluntad del menor y también se deberá interpretar en relación con el libre desarrollo de su personalidad ¹¹⁰ y de acuerdo a las circunstancias del caso concreto del menor, de su familia y de su entorno en general.

Además, en la materia que nos ocupa, el Tribunal Supremo ha entendido que se protege el interés del menor en situaciones de ruptura matrimonial, en primer lugar, cuando se garantiza su derecho a relacionarse con ambos progenitores, debiendo limitar este derecho sólo cuando el interés del menor lo exige, por ello, se ha entendido que la custodia compartida va a garantizar más este derecho, todo ello, sin perjuicio de que se debe valorar el caso concreto y deben concurrir los requisitos legales y criterios necesarios para adoptar este modelo y en caso de que no lo hiciera se debe optar por un régimen de comunicación amplio y no por este modelo de custodia, y en segundo lugar, se protege al menor cuando se permite mantener relaciones familiares con sus abuelos, parientes y allegados, no pudiendo ser limitado este derecho a relacionarse con ellos salvo justa causa que proteja al menor. ¹¹¹

En cuanto al contenido y relacionándolo con la custodia compartida, hay que añadir a todo lo anterior que a pesar de que el CC no dice de manera expresa ningún criterio a tener

¹¹⁰ LINACERO DE LA FUENTE, M., “Derecho de la persona...cit, p 58.

¹¹¹ 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 80-87.

en cuenta para concretar el interés del menor sí que podemos extraer de la regulación los requisitos para determinar la custodia compartida que van a poder ayudar a concretarlo como es el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, la recomendación de no separar a los hermanos, la audiencia y voluntad del menor, el informe del Ministerio Fiscal, el dictamen de especialistas y las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y la relación entre los progenitores y con sus hijos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fue estableciendo criterios para determinar el régimen de guarda y custodia y para conocer el contenido del interés del menor en estas situaciones de ruptura matrimonial tales como las relaciones entre los progenitores y con el menor, las aptitudes personales de los progenitores, la voluntad manifestada por los menores, la edad de los hijos y el número de hijos, el cumplimiento de los deberes por los progenitores en relación con sus hijos, la relación de respeto y ayuda mutua de los progenitores, la capacidad de conciliación de la vida laboral y familiar...

Además, las leyes autonómicas recogen criterios que debe valorar el Juez para determinar el régimen de guarda y custodia que ayudarán también a dar contenido al interés del menor, siendo los principales ¹¹²: opinión del menor, edad, arraigo social, escolar y familiar, número de hijos, evitar separar a los hermanos, aptitud de los progenitores, cumplimiento de las obligaciones por parte de los progenitores, la relación entre los progenitores, la ubicación de los domicilios y la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral, entre otros.

Como podemos ver muchos de estos criterios coinciden y también tienen cierta similitud a los que ha concretado la LOPJM y hay que decir que todos los criterios deben ser tenidos en cuenta por igual y en su conjunto.

Ahora voy a pasar a concretar la enumeración detallada de los criterios a tener en cuenta para dilucidar el contenido del interés del menor en términos generales que aparece en el Art 2 LOPJM y cuya regulación es muy esclarecedora en esta materia y que facilitará la función del Juez, pero que no llega a resolver con totalidad el problema de la indeterminación del principio.

Así, a través de la reforma de 2015 se incorporó en la LOPJM en su Art 2.2 estos criterios que darán contenido al interés del menor y que se han basado en cierta medida en la jurisprudencia del TS. Se trata de una lista abierta que no establece ningún rango jerárquico y menciona los siguientes criterios que deberá ser respetados a la hora de adoptar cualquier medida en relación con el menor: (a) la protección del derecho a la vida, supervivencia,

¹¹² MARTÍNEZ CALVO, J., "La guarda...cit, pp 268-269

desarrollo del menor y satisfacción de sus necesidades básicas (b) tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del menor y que participe de forma progresiva en función de su edad y madurez, estando relacionado este punto con el derecho del menor a dar su opinión (c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, es decir, se destaca la familia como entorno favorable para el desarrollo y bienestar del menor ¹¹³ (d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, identidad sexual o idioma y la no discriminación por alguno de estos motivos u otros como la discapacidad, garantizando el desarrollo de su personalidad. ¹¹⁴

Además de estos criterios también aparece en el Art 2.3 LOPJM unos elementos generales que deben ser tenidos en cuenta junto con los anteriores criterios y que deben ser valorados conjuntamente conforme el principio de necesidad y proporcionalidad que son los siguientes: edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, tener en cuenta el efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la integración y desarrollo del menor efectivo en la sociedad, la preparación para el tránsito a la edad adulta e independiente del menor de acuerdo a sus capacidades y circunstancias personales y finalmente se añade que habrá que tener en cuenta cualquier otro elemento considerado pertinente en el caso concreto y que respete los derechos de los menores ¹¹⁵, es decir, este último criterio manifiesta que no se trata de una lista cerrada, sino que se podrá añadir cualquier otro criterio que sea adecuado.

Estos criterios que ha incluido esta Ley han sido un paso muy importante para dar contenido al interés del menor y que, por tanto, serán útiles y habrá que tenerlos en cuenta para determinar el modelo de custodia. De acuerdo a esto, los órganos judiciales para proteger al menor no sólo deberán tener en cuenta sus derechos fundamentales y características del caso concreto, sino que habrá que tener en cuenta estos criterios.

El interés del menor como norma de procedimiento tiene que tener unas garantías procesales que se desarrollan en el apartado 5 del Art 2 de la LOPJM, debiéndose respetar cuando se vaya a adoptar cualquier medida en relación con el menor y estas garantías son las siguientes: en primer lugar, el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado y a

¹¹³ CABEDO MALLOL, V y RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, p 109.

¹¹⁴ Art 2.2 LOPJM

¹¹⁵ Art 2.3 LOPJM

participar en el proceso de acuerdo a las normas; en segundo lugar, la intervención en el proceso de profesionales cualificados; en tercer lugar, la participación en el proceso de los progenitores, tutores o representantes legales del menor o defensor judicial, en su caso, y del Ministerio Fiscal; en cuarto lugar, la motivación y justificación de los criterios que se hayan utilizado para adoptar una decisión; y en último lugar, se mencionan dos garantías, que haya recursos que permitan revisar la decisión que se adopte cuando no se haya tenido en cuenta el interés del menor o cuando sea necesario revisarla y el derecho de asistencia jurídica gratuita de los menores.¹¹⁶

Tras ver esto, de la LOPJM podemos decir que el proceso para determinar el interés superior del menor cuando se vaya a adoptar una medida que afecta a un menor consiste, en primer lugar, en realizar una evaluación del interés del menor valorando todos los elementos personales y familiares que afecten al menor del caso concreto y, en segundo lugar, se determina este interés en un proceso con las garantías que se exigen. En cuanto a su evaluación consiste en tener en cuenta los criterios que he descrito del Art 2 LOPJM que deberán ser respetados y también todos los que puedan ayudar a determinarlos como puede ser lo establecido por los Tribunales o en el CC, así como las circunstancias personales concretas del caso, ya que, se trata de una lista abierta. Una vez que se realiza esta evaluación de los derechos del menor y de los criterios y se analizan las circunstancias personales se va a tomar la medida correspondiente, pero se va a priorizar la que garantice mejor los derechos del menor, debiéndose respetar para empezar todos los intereses que hay que juego y en caso de que no sea posible primará el interés del menor. Además, en este proceso de determinación del interés del menor se deben respetar todas las garantías que he descrito en el Art 2.5 LOPJM.¹¹⁷

Por tanto, el interés del menor debe tenerse en cuenta en cualquier procedimiento que participe un menor y es el criterio que va a guiar a la hora de determinar la guarda y custodia, cuya decisión debe estar fundamentada y justificada en el mismo, y, de hecho, se ha venido considerando por los Tribunales la custodia compartida como el modelo más adecuado al interés del menor por ser el que más se aproxima a la situación anterior de convivencia. Esto es consecuencia del cambio de la realidad social y de la jurisprudencia, así como por los estudios psicológicos que aconsejan la custodia compartida por considerarse como el sistema

¹¹⁶ Art 2.5 LOPJM

¹¹⁷ CABEDO MALLOL, V y RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, pp 107-115.

más razonable en interés del menor ¹¹⁸ y será así salvo que existan circunstancias que no aconsejen este tipo de custodia.

En conclusión, he hablado de que en nuestro ordenamiento jurídico existe un régimen de protección del menor y el cual está regido por el interés superior del menor que no sólo se va a usar en lo referido a la guarda y custodia que es lo que expongo en este trabajo, sino que va a tenerse en cuenta en cualquier decisión que se adopte en relación un menor, especialmente en el ámbito del derecho de familia. También he hablado de que no existe un concepto que permita saber cuándo se protege el interés del menor lo cual ha planteado numerosos problemas en la práctica, pero esto se ha ido solventado a través de criterios que ha ido estableciendo la jurisprudencia y también la LOPJM la cual ha sido de gran importancia en esta materia. Por lo tanto, para poder tomar una decisión acerca de la custodia compartida, no sólo hay que tener en cuenta los presupuestos legales que he expuesto del Art 92 CC y los criterios fácticos que concretó la jurisprudencia, de los cuales ya se deduce que están pensados también para proteger al menor, sino que habrá que tener en cuenta el interés del menor con los criterios que han establecido los Tribunales y que aparecen en el Art 2 LOPJM puesto que es una decisión que afecta al menor y que tiene que garantizar su protección.

Para terminar, “el interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores, las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura y 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 menor” ¹¹⁹, y por tanto, se puede decir que la finalidad del interés del menor no es otra que proteger de manera efectiva los derechos fundamentales y el desarrollo del menor, tanto personal como familiar, y garantizar el bienestar del menor.

6. CONCLUSIÓN

Una vez finalizado el trabajo y estudiado todo lo relativo a la custodia compartida y a todos sus aspectos más importantes, podemos extraer una serie de conclusiones:

Conclusión primera. Determinar la guarda y custodia es una de las decisiones principales a tomar tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, debiendo establecer a quién corresponde la guarda y custodia de los hijos siempre teniendo en cuenta el interés

¹¹⁸ STS de 13 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4372)

¹¹⁹ STS de 27 de octubre de 2021 (ECLI: ES: TS: 2021: 4022)

del menor al ser ellos los mayores perjudicados. También en relación con el concepto de guarda y custodia, a pesar de que el Código Civil no lo menciona, podemos deducir que la guarda y custodia se integra dentro de la patria potestad y es en los momentos de ruptura cuando se permite diferenciarla porque es cuando no van a poder los padres cumplir con tener de forma continua a los hijos en su compañía de igual manera que antes de la ruptura, por lo que, podemos decir que la guarda y la custodia consiste en el cuidado y atención diaria del menor, bien por uno de ellos o por ambos de forma alterna.

Conclusión segunda. Ha habido una evolución legal en los referido a la guarda y custodia consecuencia de una evolución social y acompañada a su vez de una evolución jurisprudencial y en concreto, la figura custodia compartida es fruto de los cambios sociales y de mentalidad de la sociedad en la concepción y en los roles de la familia y este es el motivo por el que en 2005 se introdujo la custodia compartida y con ella se pasó de atribuir únicamente como norma general la custodia exclusiva, normalmente a la madre, a poder optar por la custodia compartida que se ha venido considerando como normal, adecuada y deseable por los Tribunales y que ha supuesto un aumento en la aplicación de la misma.

Conclusión tercera. Hay cierta incertidumbre jurídica en lo que refiere a la custodia compartida, si bien a raíz de su introducción en 2005 aparece regulada de forma expresa en el Código Civil, lo hace de una forma escueta y poco clara de la figura, ya que, del propio Art 92 no se puede extraer el concepto, tampoco habla de manera clara de los modos de su aplicación y apenas desarrolla los requisitos legales a tener en cuenta y mucho menos habla de más criterios a tener en cuenta para aplicar o no este modelo. Lo mismo ocurre con lo referido al régimen de comunicación, vivienda habitual y la pensión de alimentos, en los que la norma habla de estos aspectos refiriéndose en especial a la custodia exclusiva. La escasa regulación genera ciertos problemas y conflictos sobre cómo interpretar los aspectos de la norma y a la hora de la aplicación de este modelo y, en consecuencia, van a ser los Tribunales quienes solucionen estos conflictos y se deja en manos de ellos concretar los criterios a tener en cuenta y cualquier decisión que haya que tomar que se derive de la custodia compartida.

Conclusión cuarta. Destaca que la legislación autonómica va mucho más allá de lo establecido en la legislación civil, siendo mucho más concreta en cuanto al procedimiento y a los criterios a tener en cuenta para optar por la custodia compartida. Esto supone que estas normativas autonómicas están mucho más avanzadas y esto lo comprobamos en que los propios Tribunales se han venido basando en muchas ocasiones en ellas. Esta situación genera que haya cierta desigualdad entre estas CCAA y el resto de España, ya que, en estas primeras se acude mucho más a la custodia compartida, no sólo por la seguridad jurídica que

da su regulación más específica, sino porque en muchas de estas CCAA se establece como regla general acudir en primer lugar a la custodia compartida.

Conclusión quinta. Es una materia que atiende mucho al caso concreto porque hay tantos criterios a tener en cuenta y soluciones como casos y porque la escasa regulación obliga acudir siempre a la jurisprudencia para ver las actuaciones de los Tribunales en otras ocasiones. Esto supone que los jueces adquieren un papel principal, ya que, van a ser los encargados de valorar todas las circunstancias personales y familiares del caso concreto y también de interpretar los preceptos legales, el interés del menor y establecer sus propios criterios y esto dará lugar a que cada Juez en función de su criterio valore las circunstancias, interprete los preceptos y establezca unas soluciones distintas.

Conclusión sexta. Es con la custodia compartida con la que se introducen los principios de corresponsabilidad y coparentalidad, los cuales son de gran importancia para lograr la igualdad entre los progenitores y pensando especialmente en el beneficio del menor porque a través de ellos se defiende, por un lado, el reparto en plano de igualdad de las responsabilidades para con sus hijos entre ambos una vez que tiene lugar la ruptura de la convivencia y, por otro lado, que se mantenga la relación de los hijos con ambos padres y que la relación de los padres sea de comprensión y cooperación.

Conclusión séptima. Consecuencia de estos dos principios anteriores hay que decir que la custodia compartida también incentiva lograr la igualdad entre los progenitores, sin que ninguno tenga preferencia en la custodia de los hijos y teniendo ambos los mismos derechos y obligaciones y participando con igualdad en la vida del menor, beneficiando así al menor, ya que, será esto será una manera de acercarse a la forma de convivencia anterior. En mi opinión con este modelo que sí que se logra cierta igualdad, no sólo de forma teórica, sino de forma práctica, ya que, la propia distribución de los tiempos de convivencia con ambos y las obligaciones que surgen con la custodia compartida “obligan” a este reparto igualitario y hace que el menor se relacione con ambos progenitores y que los padres participen en la vida del menor de forma muy similar.

Conclusión octava. Es importante destacar en la sociedad actual en que vivimos, donde tanto los hombres como las mujeres ejercen sus profesiones, que esta modalidad permite a ambos progenitores seguir ejerciendo su trabajo, en caso de que lo tuvieran, ya que, se busca compatibilizarlo con el cuidado de sus hijos. Esto supone un bienestar en el ámbito laboral que luego se reflejará en el resto de áreas personales de los padres y que de algún modo repercute en sus hijos, no sólo en el aspecto económico, sino que influirá en el bienestar emocional del menor.

Conclusión novena. Una de las grandes intenciones de mi trabajo era poner de manifiesto la importancia de proteger al menor y la infancia en estas situaciones tan complejas de crisis matrimoniales que para los menores, siendo los más vulnerables, puede generar gran malestar y tener consecuencias en su vida adulta. De ahí la importancia de que tanto las familias como los poderes públicos en estos procedimientos velen por su protección y bienestar a través del principio de interés superior del menor que tendrá primacía sobre cualquier otro. Tras este trabajo se puede ver como existe un régimen jurídico de protección del menor y como a través de este principio el menor va a ser el centro a la hora de tomar decisiones acerca de la guarda y custodia y que sólo se adoptará la custodia compartida cuando se proteja el interés del menor y además esto se puede ver en los criterios jurisprudenciales que se centran especialmente en el beneficio del menor. A pesar de su importancia nos encontramos con un problema similar al que surge con la custodia compartida, ya que, a pesar del mayor desarrollo que realiza sobre este principio la LOPJM y la introducción de criterios para concretarlo que en cierto modo ayudará al Juez y que supone un gran avance en esta materia, se trata de criterios muy generales, no siendo suficientes para concretar el interés del menor en aspectos concretos como es en la atribución de la guarda y custodia y al tratarse de un concepto jurídico indeterminado obliga nuevamente a los Tribunales a concretar su significado y contenido en cada caso concreto y establecer criterios, debiendo los jueces realizar una previa labor interpretativa y valorar cuando consideran que se está protegiendo al menor, generándose así cierta inseguridad jurídica.

Conclusión décima. Como se ha visto en el trabajo, el Código Civil permite que se adopte este modelo de mutuo acuerdo por convenio regulador, que del propio artículo se deduce que va a tener preferencia, o a petición de uno de los progenitores por el Juez de forma excepcional y esta segunda forma ha traído problemas de interpretación por regularse de forma escasa los requisitos necesarios y que una vez más se deja en manos de los Tribunales. Teniendo en cuenta esto, considero que se debería poner más énfasis en el mutuo acuerdo porque lo ideal sería que fueran los propios progenitores quienes de común acuerdo acordaran la custodia compartida e incluso reforzar esto estableciendo la posibilidad de acudir a la mediación si con ello se logra acercar las posturas de los progenitores. Además, en relación a esto y sobre el debate que existe sobre si debería el Juez adoptar de oficio el modelo de custodia, y que se incluye en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, en mi opinión no creo que fuera lo más adecuado porque lo principal para que el modelo funcione es la voluntad de los progenitores y sin ello yo creo que difícilmente se iba a conseguir que se desarrollara esta modalidad de una forma

satisfactoria y esto mismo creo que puede ocurrir con la adopción de este modelo a petición de uno de los progenitores.

Conclusión undécima. Después de realizar este trabajo, bajo mi punto de vista, considero que el modelo de custodia compartida es un modelo muy beneficioso, sobre todo por acercarse tanto al modelo de convivencia anterior a la ruptura, y que en caso de que se cumplieran las condiciones óptimas, los requisitos legales y los criterios fácticos y que se protegiera adecuadamente el interés del menor podría tener un resultado muy positivo en la vida del menor, logrando su estabilidad, e incluso de los propios progenitores, logrando grandes ventajas como las expuestas en el trabajo. Pero, tengo que decir que no creo que sea beneficioso en todos los casos, ya que, hay tantos casos como familias y, por lo tanto, no podemos considerar de forma general y sin entrar en el caso concreto que este modelo es mejor en cualquier situación y, además, hay que tener en cuenta los motivos por los que no se va a permitir establecer este modelo de custodia, las cuales he desarrollado en el trabajo y que hacen descartar esta modalidad, lo que significa que no se puede creer que siempre será adecuado sin entrar a valorar el caso concreto.

Conclusión duodécima. Teniendo todo en cuenta y mirando al futuro, considero que sería adecuado un mayor desarrollo normativo no sólo en lo referido a la custodia compartida, sino también para concretar el interés del menor en estas situaciones, incluyendo todo en una única normativa no sólo por la escasa regulación, sino, por la transcendencia de decidir el modelo de custodia, por las ventajas que tiene esta figura y por la habitualidad de las crisis matrimoniales. Es cierto, que sería algo complicado abarcar todos los posibles criterios a tener en cuenta debido a la variedad de casos que hay y porque cada uno puede exigir ciertas necesidades, pero sí creo que sería muy beneficioso una normativa donde se desarrollara el concepto de custodia compartida, los modos de establecerla, la posibilidad de acudir a la mediación, que se concretaran más los requisitos que se describen en el Art 92 y su funcionamiento y también se incluyeran los criterios más habituales e importantes a tener en cuenta, así como incluir los medios de protección del menor y criterios más específicos para dar contenido al interés del menor en estas situaciones. Además, considero que este desarrollo normativo sería beneficioso para las familias, para el menor y para los Tribunales:

- Para las familias por las ventajas que tiene esta figura y porque generaría mayor seguridad jurídica teniendo un mayor respaldo legal y para el menor porque se vería más protegido por la Ley y ayudaría a crear más consciencia sobre que el centro de esta decisión va a ser proteger al menor y esto haría que las familias acudieran más a este modelo.

- Para los Tribunales que dispondrían de más medios para resolver estos casos de ruptura, más medios para solucionar las cuestiones más conflictivas y sabrían más sobre cómo proteger adecuadamente al menor garantizándole así un mayor bienestar y, en consecuencia, haría que acudieran también más a esta figura y la aplicarían más por tener un mayor conocimiento sobre ella y esto sería conveniente por las grandes ventajas que se extraen de esta figura.

Conclusión decimotercera. A pesar de la introducción de esta figura y de sus grandes ventajas esta figura no se aplica tanto como podría entenderse, siendo en mi opinión los principales motivos: la escasa regulación, que en muchas ocasiones la ruptura de la convivencia no es amistosa y lleva a una lucha por la custodia del menor y también influye el modelo de convivencia que existía antes de la ruptura y que puede afectar a decantarse por una custodia u otra. Por lo que, en mi opinión ayudaría a aumentar los casos de custodia compartida el desarrollo de la normativa siendo este un modo de dar facilidades en su aplicación y sobre el resto de las cuestiones que dificultan su aplicación son más de índole social y del caso concreto cuya solución tendría más que ver con un cambio de mentalidad en la forma de entender la familia, la distribución de las tareas y de que en estos casos el centro es el menor y hay que pensar en su protección. En mi opinión creo que este cambio de mentalidad ya se está produciendo y considero que cada vez más hoy en día en la propia convivencia existe un modelo de corresponsabilidad, coparentalidad e igualdad entre los progenitores que luego se reflejará en el momento de la ruptura.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Libros y artículos de revista

- **LIBROS**

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil, Tomo I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 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 SÁEZ, J., *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Madrid, REUS editorial, 2020.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código Civil*. Valladolid, Lex Nova, 2010.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo y praxis judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

GETE-ALONSO, M.C., *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters- Aranzadi, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del tribunal supremo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

IGLESIAS MARTÍN, C.R., *La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, Edisofer. S.L., 2021.

MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

PÉREZ VALLEJO, A.M y SAINS-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

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

SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de derecho civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

TENEIRO BUSTO, E., *Custodia compartida: 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, A Coruña, 2021.

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

- **ARTÍCULOS DE REVISTAS**

ALSACIO CARRASCO, L., “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art.92.8 CC)”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2011.

ALSACIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I., “Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 CC”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2007.

DE TORRES PEREA, J.M., “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2011.

DE TORRES PEREA, J.M., “Estudio de la custodia compartida en la última década: una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2021.

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

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

VIÑAS MAESTRE, D., “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 2012.

7.2. Legislación

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil.

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.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas

Ley 5/2011, de 1 de abril, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven.

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores

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.

7.3. Jurisprudencia

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 31 diciembre 1996 (ECLI:ES:TS:1996:7658).

STS de 8 de octubre de 2009 (RJ/2009/4606).

STS de 10 de marzo de 2010 (RJ/2010/2329).
STS de 11 de marzo de 2010 (RJ/2010/2340).
STS de 1 de octubre de 2010 (RJ/2010/7302).
STS de 25 abril 2011 (Tol 2125260).
STS de 31 enero de 2013 (núm 323/2013/Tol 3020982).
STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013: 564).
STS de 19 junio 2013 (RJ/2013/5002).
STS de 29 de noviembre 2013 (RJ/2013/7449).
STS de 10 de enero de 2014 (RJ/2014/982).
STS de 24 de octubre de 2014 (RJ/2014/5180).
STS de 30 de octubre de 2014 (RJ/2014/5268).
STS de 17 de julio de 2015 (RJ/2015/2784).
STS de 4 de febrero 2016 (RJ/2016/494).
STS de 27 de junio de 2016 (RJ/2016/3717).
STS de 12 de mayo de 2017 (RJ/2017/2053).
STS de 13 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017: 4372).
STS de 24 de abril de 2018 (ECLI: ES: TS: 2018: 1478).
STS de 17 de enero de 2019 (ECLI: ES: 2019: 50).
STS de 27 de octubre de 2021 (ECLI: ES: TS: 2021: 4022).
STS de 28 de marzo de 2022 (ECLI: ES: 2022: 1206).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 185/2012 de 17 de octubre de 2012.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Girona de 28 de febrero de 2001 (JUR: 320026).
SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003 (JUR: 264777).
SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 (ECLI: ES:APB: 2007:1).
SAP de Córdoba de 31 de enero de 2013 (ECLI:ES:APCO:2013:24).
SAP de Madrid de 31 de Marzo de 2014 (rec. 370/2013/Tol 4278720).

SAP de Valencia de 28 Julio de 2014 (rec. 366/2013/Tol 4544391).

SAP de Valencia de 6 de Noviembre de 2014 (rec. 851/2014/Tol 4746660).

SAP de Alicante de 5 mayo de 2015 (rec 200/2015/tol 5395212).

SAP Santander de 8 de marzo de 2022 (ECLI: ES: APS: 2022: 319).