Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

Estudio de la Custodia Compartida

Presentado por:

Esther Sánchez Martínez

Tutelado por:

Félix Manuel Calvo Vidal

Valladolid, 11 de junio de 2024

RESUMEN: El propósito de este trabajo es examinar la custodia compartida en el contexto español. Nos enfocaremos en su evolución a nivel nacional, así como en la regulación específica de algunas Comunidades Autónomas (CCAA). Dada la limitada legislación al respecto, analizaremos los criterios y requisitos que los tribunales han establecido para determinar el régimen de custodia compartida. También abordaremos los posibles problemas que pueden surgir durante la implementación de este régimen, así como otros aspectos asociados con la custodia compartida. Por último, llevaré a cabo un breve análisis comparativo de la situación de la custodia compartida en el resto de Europa, contrastándola con el régimen español.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, custodia, patria potestad régimen, atribución, progenitores, menor, interés superior del menor, crisis matrimonial, tribunales, legislación.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to examine shared custody in the Spanish context. We will focus on its evolution at the national level, as well as on the specific regulation of some Autonomous Communities (CCAA). Given the limited legislation in this regard, we will analyze the criteria and requirements that the courts have established to determine the joint custody regime. We will also address the potential issues that may arise during the implementation of this regime, as well as other aspects associated with joint custody. Finally, I will carry out a brief comparative analysis of the situation of shared custody in the rest of Europe, contrasting it with the Spanish regime.

KEY WORDS: joint custody, custody, parental authority, regime, attribution, parents, child, best interests of the child, marital crisis, courts, legislation

ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
TS	Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
TC	Tribunal Constitucional
CCAA	Comunidades Autónomas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CDCFN	Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal

ÍNDICE

1. INTRODUCCION……..…6

2. RELACIÓN PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA COMPARTIDA…….8

2.1. Patria potestad ……..8

2.1.1. Regulación patria potestad ……9

2.1.2. Ejercicio de la patria potestad …… 12

2.2. Relación patria potestad y custodia compartida ……...13

3. CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DEREHCO ESPAÑOLA Y SU REGULACIÓN...… 15

3.1. Evolución de la regulación de la custodia compartida……..16

3.1.1. País vasco…….20

3.1.2. Navarra…… 21

3.1.3. Aragón …… 22

3.1.4. Cataluña……... 23

3.2. Custodia compartida…….24

3.2.1. Concepto……..24

3.2.1.1. Principio del interés superior del menor……25

3.2.1.2. Principio de igualdad entre los progenitores y la corresponsabilidad parental ……..28

3.2.1.3. Principio de no separar a los hermanos……33

3.3. Medidas definitivas …… 35

3.3.1. Convenio regulador……. 36

3.3.2. Medidas en defecto de convenio regulador……. 37

3.3.3. Medidas definitivas en relación con los hijos: Custodia compartida……...38

3.4. Ejercicio y atribución de la custodia compartida……. 41

3.4.1. Presupuestos a valorar por el juez el establecimiento de la custodia compartida ……. 41

3.4.1.1. *La opinión del menor*……42

3.4.1.2. *La edad de los menores y el número de hijos*…….. 44

*3.4.1.3. Los progenitores: la relación entre ellos y la relación con los hijos…*45

3.4.1.4. Informes técnicos…….. 47

3.4.2. Tipos de ejercicio de custodia compartida……47

4. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CUSTODIA COMPARTIDA…….49

4.1. **Prestación por alimentos**……..49

4.2. **Uso de la vivienda familiar**…….. 51

4.3. **Régimen de visitas**…… 55

5. EXTINCIÓN DE LA CUSTOIDA COMPARTIDA ……57

6. **LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EUROPA ……..**58

7. CONCLUSIONES……60

8. BIBLIGRAFÍA ……65

8.1. Manuales……65

8.2. Legislación y Jurisprudencia……...66

8.3. Sitios y artículos web ……68

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad el "fenómeno" de la separación y divorcio se encuentra en auge, a pesar de que en el año 2022 se redujo la cifra en un 6,7% menos con respecto al año anterior, las cifras no dejan de ser muy elevadas. Situándose España como uno de los países de la Unión Europea con mayor tasa de divorcios, destacando Canarias como la comunidad autónoma con la mayor tasa.[1]

Podemos considerar las elevadas tasas de extinciones matrimoniales como un reflejo de la actualidad social del momento, pero también debemos tener en cuenta que detrás de cada proceso de crisis matrimonial hay una realidad individual que envuelve el proceso de extinción, condicionando no solo las vidas de los que ya no son cónyuges, si no la vida de terceros, como son los menores a su cargo. Es en esta problemática donde vamos a centrar nuestro estudio posterior, concretamente siendo las medidas que más nos interesan las relacionadas con los menores no emancipados.

La importancia de las medidas radica en la vulnerabilidad de los menores y que en la mayoría de los casos son ellos los que terminan sufriendo las consecuencias de la extinción del matrimonio. Por ello el ordenamiento jurídico está orientado a protegerles y a salvaguardar sus intereses , estableciendo un sistema para determinar las medidas que vayan dirigidas a la máxima protección de estos, sobre todo teniendo en cuenta que en una gran cantidad de casos el proceso de separación de los progenitores puede resultar traumático derivando en un impacto negativo no solo a

[1] Estadísticas de Nulidades, Separaciones y Divorcios, año 2022. Publicado por el INE (Instituto Nacional de Estadística). Notas de prensa de 13 de Julio de 2023.

nivel emocional y psicológico , si no también afectando negativamente en su posterior desarrollo y relación con sus padres .

Entendemos que los progenitores asumen el cuidado de sus hijos en el momento de su concepción, situándose en la vida de estos como una obligación de constante de cuidado, perdurando incluso cuando el vínculo marital ya no existe. Dicha obligación y deber constante de cuidado nace desde el momento de la llegada del menor a sus vidas, pero no termina, no se extingue, es decir, continua en mayor o menor grado (según vaya creciendo el menor), pero no termina nunca. Es un compromiso de por vida, especialmente cuando el hijo es menor de edad. Por esta razón, aunque la unión de los progenitores termine, el vínculo y las responsabilidades hacia el menor continuarán. No solo deben continuar, sino que también deben ser protegidas y garantizadas, no solo por los progenitores, sino también por el ordenamiento jurídico. Por esta razón, los acuerdos que surgen de la separación son cruciales, ya que influirán significativamente en la vida del menor. El ordenamiento garantiza no solo la protección del menor, sino también el deber y la obligación de cuidado y protección por parte de sus progenitores. En estos acuerdos se regularán aspectos esenciales como quién vivirá con el menor, cómo se repartirán los gastos y su manutención, dónde residirá, los horarios, el régimen de visitas, entre otros

A continuación, veremos cómo se configura dicho deber de protección por el ordenamiento y por los progenitores a través de la figura de la custodia compartida, y como esta institución se sitúa no solo en nuestro sistema, sino también en la realidad social reflejada en las sentencias de nuestros tribunales.

2. RELACIÓN ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA COMPARTIDA

Para abordar el estudio de la custodia compartida debemos de plantearnos antes el tema de la figura de la patria potestad. Y es que no podemos entender la custodia compartida sin la patria potestad, ya que la custodia compartida no es más que una manifestación de los derechos y obligaciones de los progenitores para con sus hijos, es decir, es una manifestación o forma de ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto, la patria potestad se configura como el presupuesto de hecho para la custodia compartida.

2.1. Patria potestad

La patria potestad se sitúa como una institución jurídica originaria del derecho romano. En un origen la patria potestad otorgaba un poder absoluto y vitalicio al *paterfamilia*, siendo éste el cabeza de familia y no teniendo además ninguna obligación con los sometidos a su patria, tal era el poder absoluto que tenía el *pater* que se declara que gozaba del derecho de vida y muerte sobre sus hijos *(ius vitae et nacis)*[2] . Con el tiempo evolucionó otorgando al *pater* una serie de obligaciones, como eran el deber de asistencia y protección con sus *alieni iuris*[3], es decir, el *pater* empieza a asumir responsabilidades. Al igual que evolucionan las obligaciones del *pater* lo hace también el concepto de unión entre el *pater* y sus sometidos, siendo en un principio la relación de unión con el *pater* un sinónimo de cabeza de familia no de progenitor, es decir, no tenía por qué existir una relación de parentesco que les uniera; pero con el tiempo se va derivando hacia una relación que si contiene el componente de parentesco biológico.

[2] *Ius vitae et nacis*: derecho a la vida y al nacimiento

[3] *Alieni iuris*: para el derecho romano son aquellos que, a pesar de haber nacido ciudadanos romanos libres, no pueden actuar por sí mismos por estar sometidos a la patria potestad de otro.

Como vemos desde el derecho romano se van perfilando dos aspectos básicos en la patria potestad que son: el deber de asistencia y protección, y una relación de consanguineidad. Podemos definir por lo tanto la patria potestad como "el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos, que, puesto que son menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres"[4]. Por lo que como vemos la patria potestad en la actualidad solo es aplicable a los menores de edad , quedando fuera del ambito de aplciacion de esta los mayores de edad [5].

2.1.1. Regulación de la patria potestad

En cuanto a la legislación de la patria potestad en el ámbito español debemos mencionar la Ley 11/1981, de 13 de mayo , y la Ley 30/1981 ,de 7 de Julio ,que reformaron la patria potestad para adaptarla a la Constitución Española , pasando de un progenitor autoritario a uno democrático [6] . Además gracias a estas reformas , se equipara a ambos progenitores , es decir , se equipara la potestad materna a la paterna, ya que antes de la reforma de 1981 la patria potestad era atribuida en exclusiva al varón . Pero lo mas importante que recoge la Ley 11/1981 es la diferenciación de la guarda y custodia de la patria potestad , que hasta entonces iban unidas, estableciendo que una patria potestad sin guarda y custodia es una patria potestad no ejercida . En cuanto a la Ley 30/1981 establecía que se atribuyera la guarda de los hijos al

[4]LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS et al. Principios de derecho civil. Tomo 5, Derecho de familia. 21a ed. rev. y act. con la col. de Patricia López Peláez y María del Mar Heras Hernández. Madrid: Marcial Pons, 2023. Página 322-325

[5] Debido a la Ley 8/2021 se suprime el artículo 171 del CC, en el que se recogida que podía existir una patria potestad prolongada en los hijos mayores de edad cuya capacidad hubiera sido judicialmente modificada.

[6]DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española. Madrid, España: Editorial REUS, 2020 Página 17-87

progenitor más conveniente , sin tener en cuenta las causas de la ruptura , es decir , era un intento de equiparar a ambos progenitores , pero en la práctica no se vio reflejado ya que los tribunales seguían dando la custodia a la madre . Esta solución dada por la jurisprudencia estaba basada en lo recogido en el artículo 159 del CC (el cual era contrario al principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la CC) que recogía que a falta de acuerdo entre los progenitores los menores de siete años convivirían con la madre . Esta clara discriminación recogida en el artículo 159 desapareció con la Ley 11/1990 del 15 de Octubre .

Debemos hacer referencia también al siguiente gran cambio el cual viene por la Ley 15/2005 del 8 de Julio, la cual introduce por primera vez en nuestro ordenamiento la custodia compartida . Esta novedad legislativa es derivada de la necesidad del legislador de proteger el interés superior del menor, reforzando de esta manera las obligaciones y derechos de los progenitores con sus hijos, y recordándoles que éstas continúan existiendo tras la crisis matrimonial.

En cuanto a las potestades y obligaciones que el Código Civil da a los padres , encontramos que están orientadas hacía la buena educación y la protección de los hijos, es decir , son una consecuencia directa del deber de educación , crianza y formación que pesa sobre ellos [7] .Además, según reconoce el Código Civil en su art.154.1 , la patria potestad será ejercitada por ambos progenitores sobre los hijos menores no emancipados, salvo que éstos no puedan estar sujetos a patria potestad estableciendo en su lugar una protección basada en la tutela conforme a lo recogido en el art.199 y ss. Por lo tanto, la patria potestad es de titularidad conjunta como así recoge el art.156 del código. El problema lo encontramos cuando surgen discrepancias entre los progenitores, ya que en un principio se parte de la idea de la

[7] LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. Ob.cit. Página 322

toma de decisiones conjunta sobre la crianza de las menores, es decir, concordancia en las decisiones filiares. Pero debemos tener en cuenta que en muchos casos existen desavenencias, por ello el art.156 configura una serie de situaciones en las que es válida y licita la decisión unilateral de uno de los progenitores.

Se observa por lo tanto que los preceptos relativos a la patria potestad se orientan a la protección del menor o del incapacitando, no hablando ya de derechos si no de deberes de los progenitores. La patria potestad no se sitúa en el ordenamiento como una institución absoluta bajo la cual cualquier medida tiene cabida, si no que el legislador en atención a los conflictos que puedan surgir entorno a su figura crea la posibilidad de retirar la patria por los tribunales en el caso de vulnerar el interés superior del menor. Es decir, al final son los derechos del menor frente a los deberes de los progenitores. Aunque también debemos tener en cuenta que no solo son los deberes y obligaciones de los progenitores, si no que abarca también el derecho de ejercicio de la patria potestad, es decir, el derecho de los padres de poder disfrutar de sus hijos.

Por ende, se entiende que la naturaleza de la patria potestad tiene un carácter *officium*[8], además de ser obligatoria e intransferible, es decir la responsabilidad parental está al servicio de la protección de los menores. Este carácter deriva de lo recogido en el art. 39.3 CE "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría y en los casos que legalmente proceda". Pero dicha protección no solo proviene de los padres, si no que

[8] *Officium* deriva de la STS del 10 de febrero de 2012 en la que atribuye el *officium* a los padres de proteger el interés del menor

derivará también de los poderes públicos encargados de velar por el cumplimento de esta[9] .

2.1.2. Ejercicio de la patria potestad

La patria potestad en su ejercicio no se sustenta en exclusiva en el vínculo matrimonial , si no que se reconoce su ejercicio no solo sobre los menores nacidos bajo la institución de matrimonio , sino también sobre los menores adoptados o los nacidos fuera del matrimonio .Como he mencionado con anterioridad lo recogido en el art.156 CC está orientado a un ejercicio de la patria potestad de titularidad y acción conjunta , pero eso no impide que exista la posibilidad de titularidad conjunta y acción individual , o que exista titularidad y acción individual . Es decir, podríamos hablar de una diferenciación entre el ejercicio de la patria potestad y la titularidad de esta, aunque recordemos que una patria potestad sin guarda y custodia es una patria potestad no ejercida.

Haciendo una breve referencia a sus modalidades de ejercicio podemos separar tres bloques : ejercicio conjunto , ejercicio coyuntural por uno de los progenitores y el ejercicio en exclusiva por uno de ellos .El ejercicio conjunto es simplemente la toma de decisiones conjuntas por ambos progenitores en el marco de la crianza de los menores a su cargo , pero la cuestión es qué sucede cuando en la toma de decisiones por ambos progenitores existieran desavenencias , es aquí donde aparece la segunda modalidad de ejercicio . El ejercicio coyuntural por uno de los progenitores se puede situar en dos casos, el primero sería un uso social o una situación de necesidad como por ejemplo a la hora de elegir que zapatos comprar al menor estando uno de ellos presente o en un corte de pelo; el segundo de los casos ocurre cuando uno de los

[9] VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN de. Derecho civil. IV, (Derecho de familia). 6a ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2023.Página: 392-393

progenitores deja expresa o tácitamente la toma de decisiones de unos temas concretos en sus manos (por ejemplo, es el padre el encargado de las actividades extraescolares). Es importante tener en cuenta que si existieran aun así desavenencias en la toma de decisiones de titularidad conjunta los progenitores podrán acudir a la autoridad judicial para que esta tome la decisión más acertada para el menor.

El último modelo es el ejercicio en exclusiva de la patria potestad por uno de los progenitores , teniendo cabida en tres casos : el primero se sitúa en aquellos casos en las que las desavenencias son frecuentes , en tal situación se podrá "*suspender"* de la patria potestad a uno de los progenitores en un periodo que no supere los dos años ; en los dos casos restantes concurren la misma circunstancias que es la presencia de uno de los progenitores en exclusiva , ya sea por ausencia del otro progenitor o por separación de los cónyuges , siendo el progenitor conviviente con el menor el que tome las decisiones inherentes a su crianza .

2.2. Relación patria potestad y custodia compartida

Una vez analizado brevemente las características de la patria potestad entendemos que existe un nexo muy claro de unión entre la custodia compartida y la patria potestad el cual es la protección del menor no emancipado por parte de los progenitores, siendo esta razón por la que en el día a día ambos términos se pueden llegar a confundir. Ejemplo de este nexo lo encontramos en el art.170 CC el cual hace referencia a la pérdida de la patria potestad únicamente por vía judicial, cuya pérdida además conlleva a la perdida de la custodia del menor (por ejemplo, un progenitor que deliberadamente reniega de manera voluntaria y consciente[10] no tendría sentido que

[10] STS del 23 de mayo de 2019, la cual considera la privación de la patria potestad por la falta de relación injustificada con el menor. La STS del 1 de octubre también hace esta referencia en cuanto a la privación de la patria potestad a un progenitor que tras el divorcio se desentendió completamente del menor.

mantuviera la custodia compartida). La pérdida de la patria potestad es normalmente consecuencia de situaciones / actos muy graves, mientras que como veremos la pérdida de la custodia compartida es consecuencia de una situación desfavorable para el menor a favor de una más favorable (como puede ser convivir con el progenitor que no tenga que viajar por su trabajo). Es decir, ambas están unidas, ya que no podría existir custodia compartida sin la patria potestad, pero sí que podría existir patria potestad sin custodia compartida.

Ahora bien, las diferencias más claras entre ellas las encontramos en varios ámbitos: su extinción y su alcance. En cuanto a su alcance la patria potestad tiene un alcance general de los derechos y deberes de los padres para con su hijo, mientras que como hemos visto la custodia compartida tiene un alcance más específico en relación con las decisiones de la vida del menor. En cuanto a la extinción : la patria potestad de acuerdo al artículo 169 se extingue por muerte de los progenitores o del hijo , emancipación o adopción del hijo ; en cuanto a la custodia compartida (aunque lo veremos más adelante) se extingue o por cambio de circunstancias ya sea por ejemplo por el fallecimiento de los progenitores o del hijo o por mayoría de edad pero no debemos entender la mayoría de edad el simple hecho de cumplir los dieciocho años , si no más bien entendemos que se extingue cuando el hijo consigue su independencia económica .

Como hemos visto la patria potestad se sitúa como una institución jurídica en la que los progenitores toman decisiones relevantes en la vida del menor, decisiones tales como que escuela ir o que decisiones médicas tomar. En cambio, la custodia son decisiones relevantes en el día a día por el progenitor que convive con el menor, como que come o la ropa que lleva puesta, es decir, decisiones cotidianas. Podemos entender que en términos generales las decisiones de la custodia compartida

competente al progenitor conviviente con el menor, mientras que las decisiones inherentes a la patria potestad competen a ambos progenitores al ser claves en la vida del menor no emancipado.

3. CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU REGULACIÓN

Cuando se produce una crisis matrimonial que acaba en nulidad, separación o divorcio, no solo se producen efectos sobre los cónyuges sino también sobre sus hijos. Es decir, la falta de existencia del vínculo matrimonial no va a eximir de las responsabilidades como progenitores. Por esta razón la custodia compartida se sitúa como una garantía para la continuación del ejercicio de las deberes y obligaciones como padres.

Como veremos, la custodia compartida a pesar de no estar recogida en una norma como el régimen general o el régimen prioritario de aplicación, sí que se ha situado estos últimos años por la jurisprudencia como el modelo preferente. Es decir, es un modelo que permite a ambos progenitores en pie de igualdad ejercer sus responsabilidades, pero también disfrutar de sus hijos; no es un premio o un castigo para el progenitor conviviente, si no una manera equitativa de poder disfrutar de sus hijos.

Pero el objetivo principal, y por lo que ha cogido más fuerza estos últimos años, es la protección del interés superior del menor, considerando la jurisprudencia que el modelo de custodia compartida es aquel que más se asemeja a la convivencia anterior a la crisis matrimonial.

3.1. Evolución de la regulación de la custodia compartida

Con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 surge la necesidad de adecuar el derecho de familia no solo a la Constitución sino también a la realidad de una sociedad que se encontraba en un periodo de transición. Esta necesidad se ve reflejada de forma expresa en el artículo 39 de la CE, el cual hace referencia a la protección de la familia , de los hijos , así como al deber de asistencia entre otros .[11] Derivada de la realidad social del momento el legislador crea dos leyes muy importantes: la primera es la Ley 11/1981 del 13 de mayo, por la que se modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio ;la segunda es la Ley 30/1981 del 7 de Julio , la cual hace referencia por primera vez al régimen de nulidad, separación y divorcio.

Es la Ley 30/1981 la que al referirse por primera vez a las crisis matrimoniales regula también por primera vez la custodia compartida, aunque no siendo como la conocemos hoy en día. En un primer momento la redacción que se da al art.92 CC nos dice que la patria potestad será ejercitada por ambos progenitores, no dando una forma concreta a la regulación de la guarda y custodia. Por ello la forma que los tribunales empiezan a dar a la custodia compartida no es compartida si no monoparental, es decir, se otorga la custodia a uno de los progenitores y al otro un régimen de vistas. La jurisprudencia llega a esta solución basándose en la causa de disolución del matrimonio y optando en la mayoría de los casos por otorgar la custodia a la madre. Esta tendencia se basaba en el artículo 159 del CC, el cual establecía que, si los progenitores vivían separados, si tenían hijos menores de 7 años y no se establecía acuerdo sobre la custodia estos quedarían bajo el cuidado de la

[11] IBERLEY Información Legal, S.L. (s. f.). Evolución legislativa de la custodia compartida. https://www.iberley.es/temas/custodia-compartida-evolucion-legislativa-64545

madre [12]. Aunque en 1990 con la Ley 11/1990 del 15 de octubre, la redacción de este artículo cambia debido a la discriminación por sexo, quitando la referencia expresa a la custodia en favor de la madre.

El tiempo fue pasando y tanto los tribunales como el legislador se fueron adaptando a la realidad social cambiante, muestra de ello es la evolución de las soluciones dadas por los tribunales optando progresivamente por la custodia compartida. Ejemplo de la evolución jurisprudencial lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo 2525/2011[13] en la que se establecía que la custodia compartida debe aplicarse como regala general , ya que al buscarse el bienestar de los menores se intenta que tengan acceso a ambos progenitores (salvo en el caso de que dicha custodia compartida sea un perjuicio para éstos) ; y la sentencia del Tribual Constitucional 185/2012 la cual tiene en cuenta el interés superior del menor y declara inconstitucional el Informe del Ministerio Fiscal. En cuanto al legislador vemos como recoge el principio del interés superior del menor sobre cualquier otro, en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero (reformada en 2015).

Es en el año 2005 cuando al fin la custodia compartida tiene una referencia expresa en el ordenamiento, es la Ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual se encuentra en la actualidad vigente. Bien es cierto que en el momento de la publicación de dicha ley parte de la doctrina criticó la denominación “guarda y custodia compartida” por considerar que no es compartida, sino que es un ejercicio alterno.

[12] JÉSICA DELGADO SÁEZ. Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio. (s. f.). vLex. https://vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida-685513913

[13] STS de 29 de abril del 2013 **Ecli:** ES:TS: 2013:2246

Cabe destacar también que en el año 2014 existió un intento de Anteproyecto de Ley en materia de familia, en el cual se establecía en el artículo 92 que el ejercicio de la patria potestad sería conjunto, situando en el artículo 92 bisque la custodia compartida podrá ser otorgada por el juez si lo considerase conveniente aun cuando no existiera acuerdo de los progenitores al respecto [14].

En cuanto a los cambios más recientes de la regulación referente a la custodia compartida, el artículo 92 del CC ha sufrido una modificación en sus apartados: 2,5,6,7,8,9 y añadiendo un décimo apartado. Dicha modificación viene dada por la Ley 8/2021 del 4 de junio [15], la cual no solo cambia el artículo 92, sino también el 154, 158 y 172.5 del CC.

Las modificaciones más destacables dadas por la Ley 8/2021 las encontramos en los siguientes apartados. En el apartado segundo del artículo 92 se recoge la garantía del interés superior del menor reflejado a través de la obligatoriedad de sentencia motivada por parte de los jueces a la hora de establecer las medidas que afecten a la custodia del menor, evitando un mero análisis por parte de su tribunal, y exigiéndose un riguroso estudio y análisis. Otra de las modificaciones del artículo 92 del CC la encontramos en su apartado séptimo, en el cual se añade la violencia de género como causa impeditiva de la custodia compartida. En la nueva redacción del apartado noveno se amplía el número de personas legitimadas a pedir un informe de un especialista sobre el ejercicio de la custodia y la patria potestad, ampliándolo hasta el Ministerio Fiscal, los miembros del equipo técnico judicial y al propio menor, incluyendo evidentemente a la parte actora y demanda. Por último, en el décimo

[14] JÉSICA DELGADO SÁEZ. (Evolución de la custodia compartida). Ob.cit.

[15] Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (EDL 2021/19095), la cual modifica el art.92,154,158 y 172.5 CC.

apartado se recoge que el juez adoptara las medidas y cautelas necesarias para que se cumpla el régimen establecido, así como no separar a los hermanos. [16]

En resumen, en la actualidad la custodia compartida se sitúa ante los tribunales como la solución mejor situada para el interés del menor, pero siempre y cuando se haya realizado un análisis en profundidad y no superficial del caso y existiendo una resolución reforzada.

La custodia compartida, aunque no se regula a nivel estatal como régimen general se ha posicionado con el paso de los años gracias a la jurisprudencia como la solución preferente por los tribunales, pero esto no quiere decir que sea así en todo el territorio nacional. Existen distintas comunidades autónomas con una regulación propia de custodia compartida, estableciendo dicho modelo como régimen general, no como una inclinación a su adopción por los tribunales, sino que el legislador ha plasmado dicha preferencia en una ley situándola como régimen general. Estas comunidades son: País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y la Comunidad Valenciana. A continuación, vamos a hacer una breve mención a sus regulaciones. Cabe mencionar que la Comunidad Valenciana en la actualidad no cuenta con una regulación propia sobre la custodia compartida , a pesar de que la tuvo fue el Tribunal Constitucional en la sentencia 82/2016[17] ,basándose en el artículo 149.1.8 del CE, el que la anulo alegando que en el caso de la comunidad valenciana no tenía competencia para legislar en materia de relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, que era la materia principal de la ley que recogía también la custodia compartida como régimen general en la comunidad valenciana.

[16]LEBREVRE, & GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2021, 20 diciembre). Reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia. El Derecho. https://elderecho.com/examen-de-las-reformas-sustantivas-introducidas-en-el-codigo-civil-en-materia-de-familia-por-la-ley-organica-8-2021

[17] Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016 ECLI:ES:TC: 2016:82

3.1.1. País Vasco

Recogido en la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. De dicha ley podemos extraer tres notas diferentes. La primera es que la custodia compartida puede ser solicitada por ambos progenitores en común acuerdo o por uno solo (artículo 9.1). La segunda es que las malas relaciones entre los progenitores o que uno de ellos se oponga a la custodia no será causa para que esta no se establezca. La tercera es que en su artículo 9.3 hace referencia que la guarda y custodia compartida se adoptará siempre que no sea contraría al interés superior del menor. Por último, cabe destacar que en la disposición transitoria de dicha ley se establece que esta se aplicará a todos los convenios y sentencias dictados con anterioridad a la entrada en vigor.

Para la adopción de la custodia compartida debe existir solicitud previa por uno de los progenitores o por ambos, posteriormente el juez analizará la situación concreta debiendo existir una relación de afectividad y la capacidad de compaginar por parte de los progenitores la vida familiar con la vida laboral. Finalmente, el juez establecerá el régimen respetando el interés superior del menor.

Otra referencia que hace el régimen vasco de la custodia compartida es cual es el domicilio del menor, pues bien, en este caso se regulan dos escenarios. El primero es que el domicilio del menor se va a alternar entre los progenitores atendiendo al número horas que el menor pase en el domicilio del progenitor en cuestión. El segundo de los casos ocurre cuando uno de los progenitores no tenga recursos para mantenerse, en este caso el domicilio del menor será siempre el mismo siendo los progenitores los que se vayan al alternando.

Como vemos la regulación que establece el País Vasco en materia de custodia compartida se sitúa como una garantía para que los menores puedan disfrutar de ambos progenitores, ya que adopta la custodia compartida como el régimen general de aplicación. Al final la normativa vasca, al igual que la legislación nacional, lo que pretende es garantizar el bienestar del menor y su correcto desarrollo por eso garantiza a través de esta ley el ejercicio de la patria potestad de los progenitores, y por ende desarrolla el derecho del menor a estar con sus padres.

3.1.2. Navarra

En Navarra encontramos una regulación específica a través de la Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. En este caso la ley navarra difiere en algunos aspectos de la vasca , y es que por ejemplo según recoge su artículo 3.2 si la custodia la solicitase uno de los progenitores será necesario oír al Ministerio Fiscal ("previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos") ; pero la mayor diferencia que encontramos es que en este caso la relación entre los progenitores sí que va a tener importancia a la hora de establecerse la custodia compartida .

De la ley navarra es destacable, como así lo recoge su artículo 3, el siguiente hecho "la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de éste la guarda y custodia de los hijos". Al igual que establece una limitación en cuanto a que el juez debe considerar cómo es la relación de los progenitores entre sí a la hora de establecer la custodia, considera en contraposición que la mera denuncia no determina la privación de la custodia a uno de los progenitores. Es decir, al igual que el legislador protege a

los progenitores de denuncias falsas (salvaguardando la presunción de inocencia), debe entender que una mala relación entre ellos no es causa absoluta para que no se establezca la custodia compartida, evidentemente considerando siempre el interés superior del menor, ya que ambos tienen derecho a ejercer la patria potestad en equidad.

Como veremos más adelante, al igual que Cataluña y Aragón, encontramos los planes de corresponsabilidad parental, denominados en el caso de Navarra "pactos de parentalidad". Estos pactos se encuentran recogidos en la Ley 69 de la compilación de derecho civil foral de navarra. Estos pacto o planes son un instrumento que permite a los progenitores estipular de mutuo acuerdo como quieren ejercer sus responsabilidades parentales[18] .

3.1.3. Aragón

La custodia compartida también tiene una regulación específica en el Aragón, a través de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, la cual fue posteriormente incluida al texto refundido de las leyes civiles aragonesas, llamado "Código del Derecho Foral de Aragón", a través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

En este caso, a diferencia de la ley navarra, no se recoge que la simple denuncia no impida que se otorgue la custodia compartida, por lo que podemos deducir que si existiese denuncia podría ser causa de denegación de la custodia compartida, siendo

[18] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. Ob.cit Página 123

en palabras de algunos abogados una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.[19]

Al igual que en Navarra encontramos planes de corresponsabilidad parental, denominados "pactos de relaciones familiares". Recogidos en el artículo 77 del Código del derecho Foral de Aragón, regulando también el mutuo acuerdo de los progenitores para el ejercicio de sus responsabilidades como padres.

3.1.4. Cataluña

En Cataluña encontramos la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, referente a la familia, la cual regula la custodia compartida en el territorio catalán. Además, en el Libro II encontramos en los artículos 233-9, al igual que otras comunidades, su denominado "plan de parentalidad". Siendo al igual que las otras comunidades un instrumento para regular de mutuo acuerdo por los progenitores el ejercicio sus responsabilidades como padres.

En cuanto a la custodia compartida (artículo 233-10 del CC catalán), denominada en el ámbito catalán "responsabilidad parental compartida", parte de la existencia de un plan de parentalidad, es decir, los progenitores deben acordar como van a ejercer sus responsabilidades. Siendo el juez el que, a falta de acuerdo o denegación del plan, va a determinar cómo se ejercita la custodia compartida a través de los criterios recogidos en el artículo 233-11.

Como vemos en el caso catalán, al igual que en el resto de las comunidades, la custodia compartida se aplica como régimen general. Es decir, va a ser el modelo de

[19]DE FAMILIA DEBELARE Madrid, A. (2024, 18 marzo). 5 comunidades autónomas con custodia compartida como régimen general. Debelare. https://www.debelareabogados.es/custodia-compartida-pais-vasco-navarra-aragon-cataluna-comunidad-valenciana/

aplicación por parte del juez salvo que se considere que va en contra del interés superior del menor. Cataluña al igual que País Vasco, Navarra y Aragón ha sido pionera en plasmar la preferencia de la custodia compartida como régimen general en una norma, y es que a pesar de que en la actualidad del ámbito nacional la custodia compartida haya cogido fuerza y sea el modelo de aplicación en una gran mayoría de casos no existe una norma que reconozca específicamente la custodia compartida como régimen general.

3.2. Custodia compartida

3.2.1. Concepto

La llamada custodia compartida ha pasado por multitud de nombres como pueden ser :guarda conjunta , guarda compartida , custodia alterna , etc ; pero todas vienen a denominar de una forma u otra a aquel régimen de convivencia que se establece tras la sentencia de nulidad , separación y divorcio ;y en el que ambos progenitores conviven con el menor o menores en periodos alternos . Es importante entender que la custodia compartida no es equivalente a periodos de convivencia iguales por ambos progenitores , si no que simplemente hace referencia a que ambos progenitores conviven con el menor . Pueden existir casos en los que el tiempo en el que los progenitores están con sus hijos sea en mayor medida similar , pero en la gran mayoría de los casos no lo va a ser ya que las circunstancias de los padres no solo van a ir cambiando si no que van a ser diferentes entre ambos progenitores , incluso llegando en alguna ocasión a no poder diferenciarse casi de la custodia exclusiva. Ahora bien siempre se va a velar por el interés superior del menor y que el reparto en el régimen de la custodia compartida sea lo más equitativo posible atendiendo a las circunstancias en cada caso .

Cabe mencionar que la custodia compartida pertenece a un grupo de medidas llamadas "medidas definitivas" , las cuales analizaremos brevemente más tarde. Pero lo importante del régimen de la custodia compartida es que este va a estar guiado por una serie de principios clave que siempre se deben respetar a la hora de acordarse ya sea por los progenitores o por el juez , estos son : principio del interés superior del menor , principio de igualdad entre los progenitores y corresponsabilidad y principio de no separar a los hermanos .

3.2.1.1. Principio del interés superior del menor

El principio del interés superior del menor o *favor fillis* podemos calificarlo como aquel que mayor importancia tiene para el establecimiento de la custodia compartida . Son todas las acciones y medidas establecidas para garantizar el correcto desarrollo del menor , así como una vida digna . Los progenitores serán garantes del interés superior del menor , como así lo reconoce el artículo 154 del CC , ejerciendo esta garantía de manera igualitaria . [20]

Podemos encontrar su desarrollo en varias normas como La Convención de los Derechos del Niño adoptada por Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 (en su artículo 3 párrafo 1) y el artículo 39.4 de la CE ; aunque es la Ley 1/1996 del 15 de Enero (cuya última modificación es por la ley organiza 8/2021 del 4 de Junio) , la que hace referencia expresa en su artículo 2 al interés superior del menor , dicha artículo recoge : "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en

[20] Se reforma el artículo 154 del CC mediante la Ley 30/1981 del 7 de Julio para introducir la igualdad de los progenitores que recogía el artículo 39.3 de la CE.

el ámbito público como en el privado . En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro tipo de interés legítimo que pudiera concurrir".

Cabe mencionar también que en el artículo 2.4 de la Ley 2/2010 de 26 de Mayo, se recoge lo siguiente "*antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, se deberá oír al hijo menor de edad siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años*" , pues bien , aunque no se reconozca expresamente el interés superior del menor se está estableciendo la obligación de escuchar al menor afectado y es que es ahí donde encontramos la protección del interés , ya que el menor va a conocer de cerca la situación parental que le afecta aportando una información que ayudará en la toma de decisiones sobre su custodia . Aunque la intención del legislador era buena a la hora de elaborar esta precepto, ya que pretende proteger al menor , en la vida cotidiana de los tribunales pueden ocurrir dos cosas . La primera situación la encontramos en aquellos casos en los que los progenitores con intención de hacer daño al otro progenitor o con la intención de conseguir a toda costa la custodia exclusiva del menor le malcrían y consienten (ya sea por ejemplo cumpliendo todos sus caprichos) ,inculcando opiniones negativas sobre el otro progenitor .De esta manera conseguiendo que cuando el juez escuche al menor este alabe a unos de los progenitores, obteniendo el juez por tanto una opinión "comprada" o "alterada" . Es en este caso cuando el juez tiene una tarea mucho más exhaustiva , ya que la opinión del menor no es "pura" del todo si no que esta condicionada , para comprobar cual es la mejor opción para el menor ,dificultando y alargando de esta manera la toma de decisiones . Por otro lado segunda situación la

encontramos cuando los progenitores no inculcan ninguna opinión al menor sobre el otro progenitor , ni le malcrían , simplemente respetan que el menor tenga sus propias opiniones para que el juez a la hora de escucharle tome una decisión mas adecuada al caso . Esta es la mejor manera de preservar el interés superior del menor ya que las opiniones dadas no están contaminas por los padres , dando la oportunidad al juez de tomar una decisión correcta tanto para el menor como para los progenitores .

Ahora bien la pregunta es como sabemos si se está respetando el interés superior del menor . Para responder esta pregunta dependerá de cada caso en concreto, pero podemos utilizar de guía la Observación general nº14 sobre el derecho del niño[21] ,esta nos señala en qué consiste la evaluación del interés superior del menor "valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto […] siendo el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior". Básicamente lo que nos señala es que el interés superior del menor se sitúa en nuestro sistema como una garantía para que se reconozcan y respeten los derechos del menor .

Por útimo cabe mencionar que ha existido un intento de definir el interés superior del menor en el artículo 2 de la LOPJM (modificada por la Ley 8/2015),[22]el cual en su exposición de motivos establecía un triple contenido del interés superior del menor . Lo primero que establece es que el interés superior del menor es un derecho sustantivo , es decir , los interés y derechos del menor deben ser evaluados a la hora de la toma de decisiones por los tribunales . En segundo lugar se establece que el

[21] Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Elaborada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. En concreto en su capítulo V "Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño", página 12.

[22] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. Ob.cit. Página 102-103

interés superior del menor se sitúa como un principio jurídico interpretativo fundamental , es decir , si una norma es interpretable de varias maneras se debe optar por la mejor para sus intereses . Y por último lugar encontramos que siempre que se tomen decisiones en relación con algún menor no solo se deben establecer una serie de garantías (como es el derecho a ser oído) , si no que también se deben establecer las consecuencias que estas medidas pueden acarrear al menor . Aunque se establezcan los contenidos que debe tener el interés superior del menor como vemos no existe una definición clara de lo que es si no que será el juez en cada caso concreto el que va a evaluar y establecer atendiendo a las circunstancias concretas del menor y su entorno y a través de un enfoque concreto , individualizado y proporcional , que medidas son las que mejor garantizan el desarrollo del menor y su bien estar .

En conclusión el principio del interés superior del menor se sitúa en nuestro sistema ordenamiento como un principio esencial en todos los procedimientos en los que este involucrado un menor , no solo en el ámbito del derecho de familia si no también el otros ámbitos como puede ser en el procesal penal . Por esta razón como veremos todas las decisiones que le juez realice en relación a alguna medida que implique que un menor este afectado (como es en el caso de la custodia compartida) debe estar garantiza por este principio .

3.2.1.2. Principio de igualdad entre los progenitores y la corresponsabilidad parental

La responsabilidad parental es aquella que tienen los progenitores en relación a los derechos y obligaciones para con sus hijos . Dentro de estas obligaciones y derechos se incluye todo lo necesario para el correcto desarrollo y crecimiento de sus hijos , así como su seguridad y educación, por ello podemos encontrar por ejemplo

desde un hogar en el que vivir hasta la responsabilidad personal y afectiva de los padres para con sus hijos. En el marco normativo la responsabilidad parental está unida a la patria potestad , concretamente se hace referencia a ella en el artículo 154 del CC , recogiendo algunos deberes y facultades como los ya mencionados. También podemos encontrar una referencia a la responsabilidad parental , aunque no expresa , en el artículo 39.3 de la CE "*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*".

Derivado de la responsabilidad parental encontramos el principio de igualdad entre los progenitores y la corresponsabilidad , estando ambos muy unidos . En el caso del principio de igualdad se entiende que ambos progenitores tienen los mismos derechos para con el menor , es decir , la autoridad parental esta ejercida por ambos progenitores en igualdad de condiciones , sin discriminación de ningún tipo . Este principio podemos entender que viene derivado de lo recogido en el artículo 66 del CC en el que se recoge la igualdad entre los cónyuges , trasladando la aplicación de dicha igualdad al caso de que estos se conviertan en padres . Unido a este artículo encontramos el artículo 68 del CC [23] , el cual recoge la obligación de los progenitores del deber de cuidado y protección hacia sus descendientes . Debemos mencionar también el artículo 2.3 apartado b de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, en materia de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres . Evidentemente las normas que recogen la igualdad entre progenitores nacen de normas nacionales e internacionales , como la Carta de Derechos Fundamentales de la

[23] El artículo 68 del CC fue modificado por la Ley 15/2005 de 8 de Julio,

Unión Europea , que salvaguardan la igualdad y la eliminación de la discriminación por género .

Por otro lado encontramos la corresponsabilidad la cual debemos entenderla como la participación de los padres en la crianza de los hijos y el reparto de responsabilidades de manera activa, equitativa y permanente , es decir , es una aplicación cotidiana de los deberes y obligaciones de los progenitores . Debemos entender por lo tanto que los progenitores están en la obligación de tomar un rol activo en la vida del menor , siendo un ejemplo de ello la toma de decisiones o el apoyo económico y emocional para la crianza . La corresponsablidaid debe completarse en el marco de la custodia compartida con el principio de coparantalidad , el cual aparece cuando los progenitores después de una crisis matrimonial ya no viven juntos. Este principio garantiza que los progenitores deben cooperar y participar activamente en la vida del menor , otorgándole apoyo, protección y presencia física para su correcto desarrollo y bienestar . En cuanto al soporte normativo de los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad lo encontramos en el artículo 92.1 del CC el cual declara que la crisis matrimonial no exime de la responsabilidad de los progenitores para con sus hijos . Dicho soporte no solo lo encontramos en el CC si no que también determinadas CCAA han decidido dar un paso mas y crear los denominados “Planes de corresponsabilidad o coparentalidad”.

- *Planes de corresponsabilidad o coparentalidad*

Los planes de corresponsabilidad parental o coparentalidad están pensado como mecanismos que permiten a los padres (de mutuo acuerdo) determinar la forma de ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales [24].En ellos se pueden encontrar

[24] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. Ob.cit. Página 123- 128

todos los aspectos importantes de la vida del menor que los padres quieran acordar tras la ruptura familiar , como por ejemplo su educación , alimentos o la vivienda . Estos planes se establecen como complementos o sustitutos del convenio regulador por algunas CCAA como Cataluña , Aragón y Navarra . En el caso de Cataluña vienen recogidos en el Libro II del Código Civil catalán en los artículos 233-239 denominados “planes de parentalidad” ; en el caso de Aragón aparece denominados como “pacto de relaciones familiares” en el artículo 77 del CDFA ; por último en el caso de Navarra aparece recogidos los “pactos de planificación parental” en la Ley 69 del CDCFN . Cabe mencionar también el caso de País Vasco que aún no teniendo regulado planes específicos de coparentaldiad si que recoge en el convenio regulador aspectos similares a los planes catalanes de parentalidad .

En los planes de los tres territorios mencionados se recogen materias similares entre ellos , pero todas inherentes a la patria potestad , guarda , cuidado y protección , así como evidentemente los aspectos concretos de las crisis matrimoniales como son el domicilio del menor o el régimen de visitas . Pero al igual que existen similitudes entre ellos también existen diferencias como puede ser en el caso catalán el cual no regula en su plan aspectos relativos a los gastos extraordinarios y ordinarios , mientras que las otras dos comunidades si que las regulan. Además en el caso catalán el plan de parentalidad forma parte del convenio regulador , teniendo por lo tanto un contenido específico ; a diferencia de Aragón que no forma parte del convenio si no que se sitúa como una figura parecida .

En el caso Catalán, a diferencia del resto , el plan de parantalidad se sitúa como una figura elemental para regular las relaciones paterno-filiares , es decir , va a aparecer existiendo o no mutuo acuerdo .A diferencia del caso aragonés en el que su obligatoriedad solo aparece si existe mutuo acuerdo entre los progenitores , ya que en

caso contrario va a ser el juez el que tome las decisiones basándose en el interés superior del menor . En cambio en el caso de Navarra encontramos mas cercanía al plan catalán que al aragonés , regulando aspecto tan concretos como las actividades extraescolares o la forma en la que se van a realizar los cambios de guarda .

Cabe mencionar que en el año 2013 existió un Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad parental que modificaba el artículo 90 del CC referente al convenio regulador . El anteproyecto lo que pretendía era facilitar el ejercicio de la patria potestad conjunta tras la crisis matrimonial a través de una implicación más activa por parte de los progenitores , y sobre todo " beneficiando la regulación de la custodia compartida en pie de igualdad con la custodia individual"[25] .

Aunque el anteproyecto no entrará en vigor , las ideas calaron en la jurisprudencia , fruto de ello podemos encontrar sentencias relevantes como es la STS de 5 de Diciembre de 2016 ,la STS de 16 de febrero de 2015 o más recientemente la STS de 26 de Diciembre del 2019[26] , en ellas se recoge el denominado " plan contradictorio" el cual se sitúa como un instrumento en el que se concreta el modo y forma en que se va a ejercitar la patria potestad por los progenitores , recogiendo en él aspectos importantes de la vida del menor como los periodos de convivencia con cada progenitor o su educación ,entre otros . Destaca la sala además que las relaciones entre los cónyuges solo serán relevantes cuando afectan negativamente al interés superior del menor .

Como vemos el legislador tanto a nivel nacional como autonómico lo que pretende es proteger a toda costa al menor , y es que debemos pensar que en la gran mayoría de los casos de crisis matrimoniales los menores son los que más sufren ,

[25] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. Ob.cit. Página 127

[26] STS de 5 de diciembre de 2016 (RJ/2016/5968), la STS de 16 de febrero de 2015 (RJ/2015/553), STS de 26 de diciembre del 2019 (RJ /2019/635)

sobre todo si el menor tiene más de 6 años [27] , edad en el que empieza a ser más consciente de todo a su alrededor . Además debemos pensar que las relaciones entre los progenitores le van a influir creando incluso miedo al abandono u otros tipos de traumas , es por ello que el legislador centra prácticamente su atención en su protección y recordando a los padres sus responsabilidades y obligaciones .

3.2.1.3. Principio de no separar a los hermanos

El principio de no separar a los hermanos ,recogido en el artículo 92.10 del CC , establece que el juez a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia va a procurar no separar a los hermanos . Una vez más observamos que la intención del legislador es la protección del interés superior del menor , siendo el principio de no separar a los hermanos otra manifestación más .

Aunque el legislador recoge este principio no tiene un carácter absoluto , ya que dependerá de las circunstancias de cada caso . En el caso de que existan varios hijos la jurisprudencia[28] ha establecido varios criterios que deben cumplirse por parte del juez a la hora de concretar el régimen de guarda y custodia. El primero es cumplir el derecho de los menores a ser oídos , como así lo recoge el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y el artículo 92.2 del CC . Pero no solo comprende los mayores de 12 años , si no que abarca a los menores de esa edad siempre y cuando estos tengan madurez suficiente . Lo segundo que el juez debe tener en cuenta es el interés superior del menor pero no solo en su conjunto como hermanos , si no entendido como individuos separados . Por último deberá tenerse en cuenta la

[27] PERAITA, L. (2015, 5 mayo). Así sufren los niños el divorcio de sus padres según su edad. Diario ABC. https://www.abc.es/familia-padres-hijos/20150427/abci-madre-quatar-hijos-201504011031.html

[28] STS 530/2015 del 25 de septiembre. ECLI: ES:TS: 2015:3890

situación de los padres tanto entre ellos como con sus hijos , así como evidentemente todas las circunstancias que rodean al caso concreto[29] .

Lo que la jurisprudencia nos quiere decir es que el interés superior del menor es absoluto pero no igual en todos los casos , es decir , aunque el legislador pretenda que el los hermanos convivan juntos habrá casos en que tengan que vivir separados por que es lo mejor para ellos . Pensemos por ejemplo en casos con diferencias de edad muy grandes entre hermanos o casos en los que cada menor ha manifestado su deseo de vivir con un progenitor en concreto , es ahí donde entra en juego la valoración del juez de todas las circunstancias .

En conclusión más que hablar de un principio de no separar a los hermanos debemos de hablar de una intención de convivencia conjunta , no de un principio absoluto . Serán las circunstancias de cada caso concreto las que marquen las formas y el ejercicio de la guarda y custodia , así como la forma de convivencia de los hermanos .

Como hemos visto la guarda y custodia compartida se sustenta en una serie de principios entrelazados que deben respetarse a la hora de establecerse la forma o modelo de custodia compartida . Aunque bien es cierto que hay algunos con un carácter absoluto , como es el principio del interés superior del menor, encontramos otros que no tienen un carácter tan imperativo ,como es el principio de no separar a los hermanos. Pero aunque existan estos principios debemos tener en cuenta que el establecimiento de la custodia compartida no es una fórmula perfecta por lo que va a ser el el juez en cada caso el que regule la intensidad de dichos principios .

[29]MARÍA DE LA PAZ GRAGERA ROJAS. (2021, 4 marzo). Separación de hermanos tras un divorcio - Lex Consultores. LEX Consultores Jurídicos - Financieros. https://lexconsultores.es/separacion-de-hermanos-tras-un-divorcio/

3.3. Medidas definitivas

Como he mencionado anteriormente la custodia compartida forma parte de un grupo de medidas denominadas "medidas definitivas" (artículo 91 del CC) . Estas medidas son aquellas que van a sustituir a las provisionales (artículo 106 del CC) desde el momento en el que adquiere firmeza la sentencia de nulidad , separación o divorcio . Estas medidas pueden provenir y llevarse a cabo de dos formas distintas ;la primera forma es por acuerdo de los cónyuges a tráves del convenio regulador como así lo recoge el artículo 90 del CC , y la segunda la encontramos en el caso de inexistencia de acuerdo entre los cónyuges , estableciéndose en este caso mediante decisión judicial según lo recoge el artículo 91 del CC. Puede existir una tercera posibilidad en el caso de que a pesar de existir acuerdo (manifestado a través del convenio regulador) este no sea aprobado por la autoridad judicial correspondiente , en este caso las medidas serán adoptadas por el juez .

Las medidas definitivas se pueden englobar en tres grandes bloques : las que tienen relación con los hijos , las que tiene relación con el patrimonio y unas terceras de carácter mixto . Es decir , la medidas definitivas sustituyen a las adoptadas con anterioridad , pudiendo convertir las medidas ya tomadas con anterioridad en definitivas (tomar como referencia a las medidas provisionalísimas) o tomar otras distintas .

Es con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 en la que con sus artículos 774 y 775 se acuña el termino de medidas definitivas [30]. Aunque cabe destacar que a pesar de que se hayan catalogado como definitivas no lo son , ya que según lo mencionado en el artículo 91 estas podrán modificarse en el momento en

[30] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. Ob.cit. Página: 115

el que las circunstancias cambien . Es por eso que parte de la doctrina no las denomina definitivas si no judiciales , y la consideración es correcta a mi parecer ya que en el artículo 91 no se las califica de ninguna manera y además pueden ser cambiantes en un futuro .

3.3.1. Convenio regulador .

Como he señalado anteriormente, las medidas definitivas pueden acordarse por mutuo acuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador. El convenio regulador (artículo 90 del CC) se puede definir como un negocio que tiene carácter mixto, ya que intervienen en él los cónyuges y la autoridad judicial; y que contiene las medidas definitivas que se adoptarán tras la sentencia, decreto o escritura de nulidad, separación o divorcio. Estas medidas podrán ser iguales o diferentes a las provisionalísimas.

El convenio regulador se presenta por los cónyuges ante el juez o letrado de la administración de justicia cuando la disolución del matrimonio sea de mutuo acuerdo, por iniciativa de uno y consentimiento del otro, o por mutuo acuerdo cuando se pretenda hacer la separación o divorcio ante notario (artículo 82 del CC).

En cuanto al contenido del convenio regulador, debemos mencionar que debe determinar a las partes que afecta; en el caso que nos interesa a nosotros serían los progenitores y los hijos menores, pero puede incluirse incluso a los animales de compañía. En referencia a la custodia compartida, el convenio regulador recoge el régimen de cuidado de los hijos, el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar, la pensión de alimentos, etc. Ahora bien, en el caso de que las

medidas recogidas en el convenio sean contrarias o dañinas para uno de los progenitores o para el menor, según recoge el artículo 90.2 del CC, el juez no aprobará el convenio. Pero si el convenio se ha tramitado ante secretario o notario, y este es perjudicial para uno de los cónyuges o los hijos, se dará por terminado el expediente y solo se podrá continuar en vía judicial.

La aprobación del convenio se realiza en la sentencia de separación o divorcio. En el caso de que el juez no apruebe el convenio o lo haga parcialmente, debe establecerlo en sentencia motivada, y las partes tendrán 10 días para proponer un nuevo convenio. Si finalmente la nueva propuesta no es aprobada por el juez, este deberá adoptar las medidas y regular la situación. Ahora bien, una vez aprobado el convenio judicialmente, las partes se comprometen a cumplirlo, y si no lo hicieran, se podrá solicitar la ejecución forzosa (artículo 776 de la LEC).

Por último, en cuanto a su modificación, podrá hacerse según lo recogido en el artículo 90.3 del CC, es decir, a través de un nuevo convenio o por vía judicial cuando las circunstancias hayan cambiado. Si estas medidas hubieran sido acordadas por secretario judicial o notario, podrán modificarse también según el artículo 90.3 del CC (por un nuevo acuerdo).

3.3.2. Medidas en defecto de convenio regulador

Cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, corresponde al juez (artículo 91 del CC y artículo 774.4 LEC) acordar las medidas definitivas que van a regir la disolución matrimonial. Ahora bien, al igual que vimos anteriormente, estas medidas podrán ser modificadas judicialmente si cambian las circunstancias, como así lo

recoge el artículo 90.3 del CC. Dicha modificación podrá ser solicitada por ambos cónyuges o por uno solo.

En cuanto a su contenido, será igual al del convenio regulador, es decir, también va a contener el régimen de aplicación a la crianza de los hijos (si los hubiera), el uso de la vivienda familiar, la pensión de alimentos, etc. Las medidas además no tienen por qué haber sido solicitadas por los cónyuges, sino que pueden ser acordadas por el juez cuando el *favor filii* lo requiera

3.3.3. Medidas definitivas en relación con los hijos : Custodia compartida

Las medidas definitivas en relación con los hijos las encontramos recogidas en los artículos 92,93 y 94 del CC. Entre las medidas definitivas en relación con los hijos no solo nos encontramos la custodia compartida si no también como se ejerce la patria potestad (como su privación de ella también), como se establece el derecho de visitas si le hubiere, medidas relativas al derecho de alimentos en favor de los hijos, etc.

Para entender mejor la custodia compartida debemos partir de dos ideas básicas: la primera es que tras la nulidad, separación y divorcio los progenitores dejan de vivir juntos; y la segunda la encontramos en lo recogido en el artículo 92.1 del CC "la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos" y del principio de *favor fillis* , es decir, la responsabilidad expresa de los progenitores para con sus hijos y el cuidado y respeto que debe tener el juez a la hora de establecer las medidas que tengan relación con los hijos , respetando su derecho a ser oídos (artículo 92.2 CC) , así como estar siempre motivadas en la sentencia . Es decir, como vemos partimos de un principio de corresponsabilidad parental, es por eso por lo que en la actualidad la custodia compartida, como su propio nombre indica, está orientada al ejercicio conjunto por ambos progenitores, cosa que

no sucedía en años anteriores donde nos encontrábamos la custodia por uno de los progenitores (que solía ser la madre) y un régimen de visitas para el otro.

Según lo recogido en el artículo 92 la custodia compartida podrá establecerse de dos maneras. La primera es mediante solicitud de los padres en la propuesta de convenio colectivo o cuando ambos lleguen a acuerdo en cualquier momento del procedimiento[31]. La segunda la encontramos en el caso de que no se den los supuestos del artículo 92.5 CC, en el que a instancia de uno de los cónyuges y con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá establecer el juez la custodia compartida pero solo si se fundamenta que de esta manera se protege el interés superior del menor (artículo 92.8 del CC).

Cabe mencionar en cuanto al calificativo de favorable del Ministerio Fiscal que ha sido declarado inconstitucional en la STC 185/2012 de 17 de octubre[32] . El tribunal declara una doble inconstitucionalidad; la primera es porque vulnera el principio de reserva jurisdiccional a favor de los jueces y tribuales del artículo 117.3 de la CE, y la segunda es porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. Por lo tanto, el informe del Ministerio Fiscal no es preceptivo ni vinculante, recayendo en exclusiva la potestad jurisdiccional en los jueces y tribuales, y estableciendo estos una doctrina pacifista (STS 257/ 2013) la cual, opta salvo prueba en contrario, por la custodia compartida.[33]

[31] Artículo 92 párrafo 5 del Código Civil.

[32] Sitio web: DIALNET. Nombre del artículo: Reserva de jurisdicción, tutela judicial efectiva y custodia de menores. Autor: César Aguado Renedo. Enlace: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800251

[33] MARTÍNEZ, J. M. (2024, 10 junio). El informe del ministerio fiscal no es preceptivo ni vinculante para establecer la custodia compartida | Superbia Jurídico. Superbia Jurídico. https://superbiajuridico.es/texts/el-informe-del-ministerio-fiscal-no-es-preceptivo-ni-vinculante-para-establecer-la-custodia-compartida/

La jurisprudencia a través de numerosas sentencias (STS 29 de abril de 2013 *(Tol 3711047)* confirmada por sentencias posteriores STS 19 de julio 2013 (*Tol 3888169)*, STS 25 de abril de 2014 (Tol *4264215*), etc.) intenta realiza una labor aclaratoria eliminado del artículo 92.8 el carácter de excepcional de la custodia compartida, considerándola en cambio la más conveniente para el interés superior del menor. Como vemos en sentencias como STS de 2 de Julio de 2014 (Tol 4429653) o la del 15 de Octubre de 2014 (Tol 4529206) , "se intenta aproximar el régimen de convivencia lo máximo posible al existente antes de la ruptura matrimonial y de esta manera garantizar a los progenitores la posibilidad de seguir los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos , siendo esto beneficioso para ellos también " [34].

Como vemos la jurisprudencia deja muy claro que la custodia compartida no debe ser excepcional, si no deseable para la gran mayoría de los casos. Esto no significa que se deba imponer a la fuerza, ya que como sabemos las crisis matrimoniales son complicadas y muchas veces no es posible establecerla, por ende, es preciso que exista un respeto mutuo entre los progenitores, y que las circunstancias sean favorables a dicha medida, ya que en caso contrario el menor va a ser el más perjudicado, vulnerándose por tanto el interés superior del menor.

Por tanto, el juez, a pesar de la exigencia de solicitud de la custodia compartida por uno de los progenitores, decidirá en cada caso concreto si se establece o no, atendiendo sobre todo al interés superior del menor. [35]

[34] VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. Ob.cit. Página 134-135.

[35] VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. Ob.cit.. Página 135.

3.4. Ejercicio y atribución Custodia Compartida

Como hemos visto el entendimiento de la custodia compartida ha cambiado pasando de una custodia monoparental en la gran mayoría de los casos a una preferencia por parte de la jurisprudencia de la custodia compartida.

A continuación, vamos a analizar cómo se atribuye la custodia compartida y que modalidades de ejercicio existen, pero siempre bajo el respeto del interés superior de menor, ya que este debe prevalecer sobre cualquier otro interés, incluso el de sus padres. Será el juez el encargado de analizar cada caso en concreto y valorar si se respeta el interés superior del menor, para valorar la situación utilizará los criterios recogidos en el artículo 92.6 al 92.10 del CC. Ahora bien, es la jurisprudencia, concretamente el Tribual Supremo, el que ha establecido que presupuestos se deben valorar a la hora de atribuir la custodia compartida, los cuales analizaremos a continuación.

3.4.1. Presupuestos a valorar por el juez el establecimiento de la custodia compartida

Durante el proceso del establecimiento de la custodia compartida nos encontramos ante un proceso que abarca una multitud de datos para tener en cuenta que variaran según el caso concreto. Estos datos o circunstancias son aquellas que el juez va a tener en cuenta para poder acordar el régimen que sea acorde a la situación, pero sobre todo al interés superior del menor.

Evidentemente existen tantos factores para tener en cuenta por el juez como casos que hay, ya que cada uno es único es sus circunstancias; pero a continuación vamos a analizar algunos de los factores o criterios que tiene en cuenta en el juez para el establecimiento de la custodia compartida.

3.4.1.1. La opinión del menor

El artículo 92.6 del CC recoge el derecho del menor a ser oído, así como la obligación por parte del juez de escucharle antes de establecer cualquier régimen de guarda y custodia. Ahora bien, este artículo declara que el menor debe tener suficiente juicio, por lo que será el juez en cada caso el que va a valorar que se considera suficiente juicio , tanto por su edad como por las circunstancias familiares que le rodean , ya que como he mencionado anteriormente hay ocasiones en las que la opinión del menor se puede encontrar "alterada" por la influencia de alguno de los progenitores (por ejemplo cuando uno de ellos consiente al menor para que este a la hora de emitir una opinión al respecto esta esté alterada , y así el progenitor poder quedarse con la custodia del menor o bien hacer daño al otro progenitor) . Es por ello por lo que en este tipo de procedimientos la labor del juez es tan importante, teniendo el deber de asegurarse de que la opinión del menor no está alterada, valorándola junto a los demás elementos de prueba.

Una cuestión que nos puede surgir referente a la opinión del menor es si el juez esta condicionando sobre dicha opinión expresada por el menor. La respuesta es que no, es decir el juez no está obligado a adoptar una decisión concreta solo por la opinión expresada del menor , la podrá tener en cuenta o no , ya que como hemos visto las circunstancias de cada caso son diferentes , pero va a ser el juez el encargado de decidir sobre el cómputo global del caso , situándose la opinión del menor como un derecho a ser oído , pero también como una prueba más , no siendo por lo tanto un condicionante absoluto en la toma de decisiones para el juez . Y es que como se

recoge en algunas sentencias[36] como debemos diferenciar entre la voluntad o el derecho a ser oídos y el interés del menor, no significando lo mismo. Es decir, el menor tiene derecho a ser escuchado por el juez, expresar su voluntad o su opinión, pero esta ser totalmente contraria a si interés superior. Por ello la jurisprudencia nos ha venido aclarando que el interés superior se va a situar por encima de la voluntad, pudiendo o no coincidir ambos.

Como hemos visto la opinión del menor si sitúa como un derecho que tiene el menor a ser oído, ahora bien, no puede surgir la pregunta de si la audiencia del menor a ser oído es obligatoria en todos los procesos de guarda y custodia. El articulo 92.6 del CC no dice nada al respecto, por lo que tendremos que acudir a la LEC para obtener una respuesta. Según el artículo 777.5 de la LEC en los casos de divorcio, separación o modificación de medidas, o cualquier otro relacionado con el menor, no será obligatoria la audiencia del menor, ahora bien, si el juez decide que no es necesaria la audiencia del menor deberá justificarse y establecer las razones por las que considera que no es necesaria dicha audiencia. Ahora bien, según lo recogido en el artículo 770.4 LEC en los supuestos de procesos contencioso-administrativos en los que se discuten medidas personales que afecten al régimen de guarda y custodia, será obligatorio escuchar a los mayores de 12 años, y al menor que se considere que tenga suficiente juicio[37] . Por lo tanto, la obligatoriedad de escuchar al menor solo la encontramos en los procesos contencioso administrativo, pero no siendo obligatoria en los casos de mutuo acuerdo, que en estos casos será el juez el que decida si es obligatoria o no.

[36] STS 519/2017, de 22 de septiembre, STS 206/2018, STC 4/2011

[37] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA Ob.cit. Paginas: 174-176

En conclusión, la opinión de un menor sitúa como el derecho a ser oídos a expresar su voluntad, sus deseos, en el marco del proceso; pero no se sitúa como una decisión vinculante hacia el juez, si no que este valorará dicha opinión, acorde a la fundamentación de esta, a las circunstancias que rodean el caso y al menor, pero sobre todo situando por encima de dicha opinión o voluntad expresada por el menor su interés superior.

3.4.1.2. La edad de los menores y el número de hijos

La edad del menor es considerada por el TS como un factor importante a la hora de establecer el tipo de custodia, pero no se sitúa como un factor determinante o decisivo de ella. Por ejemplo, pensemos en un recién nacido, en este caso será más favorable para el menor optar por una custodia individual y según vaya creciendo esta se irá adaptando al crecimiento y desarrollo del menor.

En cuanto al número de hijos debemos tener en cuenta varios factores, el número de hijos que tienen los progenitores que han decidido no seguir con el vínculo matrimonial, y la posibilidad de que los progenitores tengan hijos con nuevas parejas. En cuanto a los hijos del antiguo matrimonio deberemos atender al número que exista, sus edad y circunstancias personales para establecer qué tipo de custodia es más favorable. Pero en cuanto al problema de compaginar la custodia compartida con los hijos derivados de un matrimonio posterior es la STS 559/2020 del 26 de octubre la que nos da respuesta. Dicha sentencia considera el nacimiento de hijos posteriores a la disolución del matrimonio como alteraciones sustanciales de las circunstancias , pero no lo considera como un impedimento para la continuación o para el establecimiento de la custodia compartida , sino que es una razón más para que ambos progenitores estrechen su relación para favorecer la relación entre los hermanos , ya

que existiría un derecho no solo para que ambos hermanos pueden relacionarse entre si , si no también para que cada progenitor pueda disfrutar de sus hijos .

3.4.1.3. Los progenitores: la relación entre ellos y la relación con los hijos.

Debemos entender que la atribución de la custodia compartida da a entender que ambos progenitores son capaces de ejercer sus responsabilidades como padres, es decir, son capaces de ejercer la patria potestad. Evidentemente no todos los padres se encuentran en la misma situación para poder ejercer la custodia, ya que debemos atender a diferentes criterios como, el tipo de trabajo que tiene, si padecen alguna enfermedad, su lugar de residencia, antecedentes, etc. Estos criterios deberán considerarse en unión al interés superior del menor; pongamos por ejemplo el caso de un progenitor que por su trabajo tiene que viajar constantemente o un progenitor que ha desarrollado una enfermedad o un trastorno que hace que no pueda valerse por sí mismo, en estos casos nos encontramos ante un problema en el establecimiento de la custodia, ya que no se debe privar al menor de uno de sus progenitores y al progenitor de su hijo. En estos casos va a implicar una mayor implicación de ambos progenitores para el desarrollo de la custodia como una mayor implicación también por parte de los jueces ya que van a tener una labor más complicada para establecer el tipo de custodia a ejercer y salvaguardar el interés superior del menor.

Una de las consideraciones que tienen en cuanta determinadas CCAA, como Aragón, en relación con los progenitores es quien ha cuidado más del menor antes de la ruptura o si han sido ambos progenitores por igual. Este criterio se tiene en consideración cuando la custodia es solicitada por uno de los progenitores. En el caso de Aragón se recoge en el artículo 80.2 d) y e) del CDFA, Cataluña lo encontramos en el artículo 233-11 del CC catalán, en el Navarra lo encontramos en la Ley 71 del CDCFN y por último en el caso de País Vasco lo encontramos en el artículo 9.3 a) y

b) de la LRFPV. Es decir, todas estas normas autonómicas vienen a recoger que se va a tener en cuenta la unión de los progenitores con los menores y la relación entra ambos progenitores durante su convivencia. Así mismo se va a tener en cuenta la relación no solo con los padres si no con el entorno que les rodea ya sea familiar o personal.

En cuanto a las relaciones entre los progenitores, recogidas en el artículo 92.6 del CC, situándose como un factor muy importante en el establecimiento de la custodia compartida [38]. Evidentemente partimos de una situación problemática entre ambos progenitores que los ha llevado a la disolución del vínculo conyugal. Esta mala relación entre ellos se proyectaba posteriormente en muchas ocasiones en el ejercicio de la custodia compartida, creando artimañas bien para que se denegara al otro progenitor la custodia compartida (y así hacerle daño) o bien para poner al menor en contra del otro progenitor. Debido a esta problemática el TS tuvo que sentar doctrina en la STS de 22 de julio de 2011 [39], estableciendo que las relaciones entre los progenitores solo serán relevantes cuando sean perjudícales para el menor. Evidentemente la mejor situación para establecer la custodia compartida es aquella en la que existe respeto entre ambos progenitores, pero una mala relación no impide no que no puede establecer este régimen ya que debemos preservar siempre el interés superior del menor no de sus progenitores. Por esta razón debemos entender que se ha establecido un deber o una predisposición entre los cónyuges al dialogo, es decir, un deber de buena fe en el ejercicio de la custodia compartida por el bien de su hijo;

[38] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. Ob.cit. Página 180-191

[39] STS de 22 de Julio de 2011 (RJ/2011/5676)

deber que viene inherente a las responsabilidades y deberes de ser padre, ya que siempre va a ser en pro del interés superior del menor.

3.4.1.4. Informes técnicos.

Además de múltiples criterios en relación con los progenitores, como es la ubicación de la vivienda familiar o la conciliación laboral con la vida personal, el juez podrá (como así lo recoge el artículo 92.9 CC y las normativas especiales de algunas CCAA) "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"[40]. Estos informes no son vinculantes para el juez para la toma de decisiones, pero sí que le ayudarán para conocer (a través de psicólogos o trabajadores sociales) como está el menor, o como es la convivencia con los padres.

De esta manera los informes le ayudarán a tener un conocimiento más amplio de la situación y con ello valorar y tomar mejores decisiones, ya que el proceso de establecer qué tipo de custodia es mejor para cada caso abarca una multitud de conocimientos, es por ello por lo que en michas ocasiones la intervención de peritos es indispensable para el juez.

3.4.2. Tipos de ejercicio de custodia compartida

El régimen de custodia compartida abarca muchas modalidades, ya que como dice la STS del 17 de enero de 2019 [41] la custodia compartida no equivale a un a una distribución igualitaria del tiempo con el menor. Debemos pensar que tantas existen

[40] Artículo 92.9 del CC

[41]STS del 17 de enero de 2019 ECLI: ES:TS: 2019:5

distribuciones de tiempo como caso hay, pero siempre se va a intentar establecer el régimen más equitativo posible bajo el paraguas del interés superior del menor.

A pesar de la multitud de tipos de custodia compartida podemos establecer los siguientes tipos:

a) Custodia con alternancia de la vivienda: el menor cambia de residencia cuando se produce el cambio de progenitor. Puede ser en periodos alternantes iguales o en periodos desiguales de tiempo de convivencia (atendido a las circunstancias de cada caso.

b) Custodia con domicilio fijo: en este caso son los progenitores los que van a cambiar de domicilio para el ejercicio de la custodia compartida, quedándose el menor en el mismo domicilio.

c) Custodia con distribución en periodos de tiempo iguales: en este caso ambos progenitores disfrutan el mismo periodo alterno de tiempo del menor.

d) Custodia compartida simultanea: este tipo puede tener dos variantes. La primera es que ambos progenitores vivan en el domicilio y convivan simultáneamente con el menor ejerciendo los dos la custodia a la vez. El segundo tipo es que los progenitores viven tan cerca uno del otro que permita ejercer la custodia a la vez.

   Bien es cierto que este tipo de modalidad implica que los progenitores se lleven extremadamente bien entre ellos, cosa que en la mayoría de los casos no suele ocurrir, situando a este tipo de modalidad entre las menos frecuentes.

Estos tipos de modalidad no es una lisa cerrada ya que existen multitud de ellos atendido a las circunstancias en concreto. Además, el ejercicio de la custodia compartida es compatible simultáneamente con varios tipos de ejercicio de custodia.

Pongamos por ejemplo el cambio de residencia de un menor durante los fines de semana para el ejercicio de la custodia compartida, es decir en este caso tenemos el tipi de custodia de cambio de residencia en periodo alternos de tiempo que no son equitativos ya que pasa con uno de los progenitores solo dos días a la semana.

4. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida va unida a otros aspectos muy importantes en su desarrollo como es el uso de la vivienda familiar, el régimen de visitas **o** la prestación de alimentos**.** A continuación, vamos a analizar alguno de ellos.

4.1. Prestación por alimentos

La prestación de alimentos se sitúa en nuestro ordenamiento como, como así recogen los artículos 110,111 ,143 y 170 del CC, un deber por parte de los progenitores incluso aunque se les haya privado de la patria potestad. Se entiende ala pensión de alimento como un deber económico establecido para asegurar el bien estar de los menores a su cargo y suplir las necesidades vitales del menor. Dicho deber no debe entenderse solo como un deber de alimentos exclusivamente, sino que debe entenderse en sentido amplio (habitación, sustento, vestido ,…). Es decir, se configura no solo como un deber de dar alimento si no como un deber derivado de la relación paternofilial a la que se comprometen los progenitores en el momento del nacimiento del menor.

A pesar de tener la pensión de alimentos fundamento normativo no existe ninguna legislación en cuanto a cómo se debe ejercer o como se debe establecer, si no que nos debemos ir a la jurisprudencia del TS para abordar el tema [42]. El TS entiende que no existe pensión de alimentos como tal cuando se establece la custodia

[42] DELGADO SÁEZ, JESICA, MARÍA LAPOR, Y ESTHER TORRELLES TORREA. Ob.cit. Páginas 214-219

compartida si no que cada progenitor sufraga los gastos del menor en el momento de la convivencia con este, es decir, los gastos ordinarios estarían sufragados en un 50% y los extraordinarios se establece la misma tónica, un 50%. Ahora bien, esta doctrina se establecería en aquellos casos en los que los progenitores se encuentran en situaciones económicas similares, y teniendo además un régimen de custodia compartida con un tiempo de disfrute del menor equitativo.

Ahora bien, el problema le encontramos cuando los progenitores se encuentran en desigualdad económica, en estos casos debemos atender a tres criterios para establecer de alimentos: la proporcionalidad, la necesidad y la capacidad económica. En cuanto a la proporcionalidad entendemos que la cuantía debe ser proporcional a la capacidad económica del progenitor y a las necesidades vitales del hijo, ya que estaríamos ante una desigualad si estableciéramos un 50-50 en el caso de que uno de los progenitores fuera un desempleado, no pudiendo hacer frente al pago de la pensión. En cuanto a la necesidad dependerá de la edad, estado de salud, educación, del menor; pero también no debemos olvidar que se debe garantizar unas necesidades mínimas al progenitor prestador de la pensión de alimentos. Por último, en cuanto a la capacidad económica es, como su propio nombre indica, la capacidad que tiene cada progenitor para hacer frente a determinados gastos. Analizados estos criterios bien el juez o bien los progenitores acordaran como sufragar los gastos derivados del menor, optando por ejemplo en algunos casos por una cuenta compartida para los gastos del menor, en la que cada progenitor aportara acorde a su capacidad económica.

En el ámbito jurisprudencial el TS ha recalcado a través de varias sentencias como la STS 256/2013 o la STS 501/2017[43] , la importancia de la proporcionalidad de

[43] STS 256/2013 de 29 de abril de 2013 ECLI:ES:TS: 2013:256; STS 501/2017 de 26 de septiembre de 2017 ECLI:ES:TS: 2017:501

la pensión de alimentos considerando no solo el salario, si no diversos factores y circunstancias que rodean al progenitor para establecer la pensión de alimentos. En otras sentencias como la STS 32/2018 [44] el TS ha establecido criterios para identificar que es un gasto extraordinario y como tratarlos; los gastos extraordinarios deben ser imprevisibles, necesarios para el bienestar del menor, pero sobre todo deben estar acordados con anterioridad. Esto significa que solo tendrán la calificación de gastos extraordinarios aquellos que hayan sido acordados previamente, a excepción de que dicho gasto derive de una urgencia (como puede ser un gasto médico), y en el caso de que el gasto extraordinario fuera urgente deberá comunicarse y justificarse al otro progenitor con la menor brevedad posible de tiempo, además de justificar la urgencia del gasto.

En resumen, la pensión de alimentos y la cobertura de los gastos extraordinarios garantizan al menor su correcto desarrollo y bien estar por ambos progenitores, ajustándose de una manera proporcional a las circunstancias de los progenitores, pero salvaguardando a su vez el interés superior del menor.

4.2. El uso de la vivienda familiar

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los temas más importantes en las crisis matrimoniales, y del que más problemas derivan. Los problemas asociados al uso de la vivienda familiar pueden surgir por diversos motivos, el primero es que los progenitores consideran la vivienda familiar como su

[44] STS 32/2018 de 15 de enero de 2018 ECLI:ES:TS: 2018:32

"hogar" y la idea de abandonarlo es problemática, en segundo lugar, la dificultad y esfuerzo de encontrar otra residencia, y por último es que probablemente la vivienda familiar sea el activo más valioso del matrimonio. Por lo tanto es debido a su valor emocional y patrimonial lo que provoca que atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida sea en la gran mayoría de los casos un tema que dificulta el régimen de la custodia compartida , ya que en la realidad social se puede apreciar que en la gran mayoría de los casos el uso de la vivienda no es de mutuo acuerdo provocando entre los progenitores mas motivos de distanciamiento y malas relaciones , pudiendo repercutir negativamente en el menor . Es por ello por lo que la terea del juez se vuelve esencial, ya que será el encargado de buscar el equilibrio entre los derechos y necesidades de los progenitores y el interés superior del menor

Debemos entender que la vivienda familiar es aquel lugar de residencia habitual de los progenitores y de los menores a su cargo, es decir, es el lugar donde se desarrolla la vida familiar. En cuanto a la regulación de su atribución se encuentra recogido en el artículo 96 del CC, siendo la atribución independiente a la titularidad de la vivienda. Dicho artículo establece que en el caso de que existan hijos menores, y en defecto de acuerdo, la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Este régimen no podría aplicarse para el caso de la custodia compartida, ya que estaríamos ante un supuesto de custodia exclusiva. Ahora bien, en el caso de que existiera acuerdo por los progenitores[45] serían ellos los que decidirían sobre el futuro de la vivienda familiar, limitando la actuación del juez a la vigilancia del cumplimiento del acuerdo, y a que este vaya en consonancia con la protección del interés superior del menor.

[45] El acuerdo estaría recogido en el convenio regulador del artículo 90 del CC

El problema viene cuando los progenitores no han llegado a ningún acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar y se está bajo el régimen de la custodia compartida, y teniendo como problema añadido la falta de existencia de normativa que resuelva la situación. Debemos tener en cuenta que el artículo 96 del CC regula la atribución de la vivienda familiar, pero no en el caso en el que los progenitores se encuentran en régimen de custodia compartida, si no solo cuando se atribuye la custodia exclusiva a uno de los progenitores o cuando no existan hijos menores (o estos son ya mayores de edad)[46]. A falta de regulación la jurisprudencia ha venido estableciendo que será el juez en cada caso el que decida sobre el uso de la vivienda familiar (como así recoge también el artículo 103.2 del CC). Entre los criterios que utiliza el juez para la atribución del uso de la vivienda encontramos el interés superior del menor, la situación económica de los progenitores, la estabilidad y la existencia de acuerdos. El interés superior del menor viene de la mano del criterio de la estabilidad, y es que se va a intentar que la vida del menor se vea lo menos alterada posible, ya que pensamos que el proceso de crisis matrimonial es en la gran mayoría de los casos ya bastante duro para ellos, por ello el mantenimiento de una cierta normalidad y estabilidad será siempre el reflejo del interés superior del menor. En cuanto al criterio de los recursos económicos cabe la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda al progenitor que se encuentre económicamente más vulnerable, permitiéndole el uso del domicilio [47]. En referencia a la existencia de acuerdo entre los progenitores para el uso de la vivienda familiar será de aplicación siempre y cuando el juez considere que es válido y que no va a encontrar del interés superior del menor.

[46]LLAMAS POMBO, EUGENIO, MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN Y SARÁ MARTÍN SALAMANCA. Manual de derecho civil. Volumen V. Derecho de familia. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2021. Página 252-255

[47] Podemos entender la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado a partir del artículo 103.2 del CC en el que se declara "teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo".

En cuanto a los tipos de atribución del uso de la vivienda familiar podemos entender que existen cuatro grandes modalidades:

a) Uso de la vivienda de manera alternativa por cada progenitor: son los hijos los que permanecen en la vivienda familiar y los padres los que pasan el tiempo establecido en la modalidad de custodia compartida en la vivienda con el menor.

b) Uso de la vivienda por uno de los progenitores de manera temporal: esta modalidad sucede cuando uno de los progenitores no tiene medios para poder establecerse en otra vivienda digna, es decir, se atribuye el uso al progenitor más vulnerable. A su vez esta modalidad puede ocurrir cuando la vivienda sea de titularidad común o cuando sea de titularidad de uno solo de los progenitores, atribuyendo el uso de la vivienda al progenitor más necesitado de protección sea el titular de la vivienda o no, y siempre que el titular tenga la posibilidad de acceder a otra vivienda digna.

c) Venta de la vivienda: siempre y cuando se garantice una vivienda digna al menor, y que sus intereses están protegidos, los progenitores podrán liquidar la vivienda y repartir las ganancias cuando el mantenimiento de la vivienda familiar no sea sostenible [48].

En conclusión, como así recogen algunas sentencias como la STS de 22 de octubre de 2014 o la STS de 17 de febrero de 2017 [49], la atribución del uso de la vivienda habitual no es automático, no se tiene por qué establecer al progenitor titular de la vivienda; si no que será en cada caso el juez el encargado de analizar las conductas tanto de los progenitores como del menor, y siempre velando por el interés

[48] Esta modalidad podemos encontrarla en sentencias como la STS de 11 de febrero de 2016 ECLI:ES:TS: 2016:543

[49] STS de 22 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:4641). STS de 17 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:548)

superior del menor. Es por esta razón, por la que la figura del juez se vuelve indispensable en ausencia de una regulación más detallada, ya que recae sobre la toda la responsabilidad del proceso, basándose en su criterio y en la jurisprudencia existente..

4.3. El régimen de visitas

El artículo 94 ,160 y 161 del CC recogen el denominado derecho de vista que en el caso de la custodia compartida se refiere al régimen de comunicación de cada progenitor con sus hijos durante el periodo de tiempo que no convive con ellos.[50]Este derecho trata de satisfacer no solo el derecho de ver y relacionarse con sus hijos al progenitor no conviviente , sino que lo que pretende garantizar es un continuo contacto entre los menores y los progenitores , ya que al ser custodia compartida ambos progenitores van a estar en la situación de progenitor no conviviente .Por tanto los titulares del derecho son los progenitores y los hijos, pero no se limita en exclusiva a ellos , sino que se extiende a la familia de ambos progenitores como puede ser el caso de los abuelos , ya que como así recoge el artículo 160.2 del CC no se puede impedir la comunicación con su familia sin justa causa .

El régimen de vistas estará recogido en el convenio regulador, y a falta de él se acordará por el juez. El régimen de visitas deberá recoger el tiempo el modo y el lugar de ejercicio del derecho, el cual podrá limitarse cuando existan circunstancias que le aconseje como enfermedades, viajes escolares, etc. A su vez el juez podrá suspender o no acordar un régimen de visitas , en el caso de que existan indicios fundados de violencia doméstica de genero por parte del progenitor visitador, o este incurso en un proceso penal por atentar contra la seguridad del otro progenitor y de sus hijos

[50] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., & ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Manual de derecho civil. Derecho de familia (6a ed.). Madrid: Bercal (página 118-120)

.Evidentemente el régimen de visita se suspende cuando el progenitor visitador este en prisión , salvo que lo interior superior del menor lo recomiende, se establecerán visitas al centro penitenciario, pero la administración deberá designar a un familiar o a un profesional que velarán por el menor y le prepararán para dicha visita (artículo 160.1 del CC)

El incumplimiento reiterado del régimen de visitas, tanto por no entregar a los menores, como también por no recogerlos dará lugar a la modificación del régimen (artículo 776.3 LEC), siempre y cuando dicho incumplimiento sea contrario al interés superior del menor. Por ejemplo, existen casos como el recogido en la STS de 31 de enero de 2013 [51]en la que se ha negado el cambio de custodia compartida pedido por el padre no custodio, debido a que la madre impedía la comunicación del padre con el menor; no modificando el régimen de custodia por ir en contra del interés superior del menor.

No podemos hacer referencia a modalidades de ejercicio del régimen de visitas, ya que estas variarán según las circunstancias de cada caso. Pero por ejemplo en el caso de que los progenitores vivan en lugares alejados deberán concretar la frecuencia de las visitas y su duración además de que se desplaza y quien asume los gastos de desplazamiento, es decir, podrán acordar una compensación económica para el progenitor que vuelve a su domicilio tras entregar al menor al otro progenitor.

Por lo tanto, en el caso del régimen de visitas al igual que sucede con los demás aspectos relacionados con la guarda y custodia deberá acordarse y establecerse según el interés del menor y las circunstancias del caso; haciendo muy difícil establecer unos parámetros o modalidades para su ejercicio ya que cada caso es único.

[51] STS 373/2013 ,31 de enero de 2013 (ECLI ES:TS:2013:3339)

5. EXTINCION DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Como he señalado anteriormente el régimen de custodia compartida puede alterarse si se cambian las circunstancias. Evidentemente los supuestos más claros de extinción de la custodia compartida es el fallecimiento de uno de los progenitores o del menor, o la mayoría de edad (aunque se siga conviviendo con alguno de los progenitores); aunque es el cambio de circunstancias la forma de extinción que puede ocasionar más problemas. El cambio de circunstancias no solo puede implicar que se adecue la custodia a la nueva realidad, si no que puede ocasionar que se extinga el régimen, pongamos por ejemplo el caso de que a uno de los progenitores tiene que trabajar en el extranjero [52] . En este caso se extingue la custodia, pero permanece la comunicación entre el progenitor y su hijo. Este caso en el que los progenitores estén incursos en un proceso penal es causa de denegación de la custodia compartida según el artículo 92.7 del CC.

En la mayoría de los casos la extinción del régimen de la custodia compartida suele ser en pro del interés superior del menor, ya que si se demuestra que la custodia compartida produce efectos negativos en su desarrollo y bienestar esta deberá extinguirse [53].También se extinguirá si alguno de los progenitores no cumple con sus responsabilidades en el periodo de convivencia con el menor o ha actuado con negligencia (por ejemplo, dejando solo al menor para salir de ocio nocturno).

[52] STS 29 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:7118)

[53] STS 1916/2014, de 25 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1916)

En gran parte se intenta no privar de la custodia compartida, optando en su lugar por una suspensión del régimen, dejando la puerta abierta a un cambio de circunstancias en el trabajo que le permitan volver a ejercer la custodia o bien por qué se espera un cambio de actitud o compromiso del progenitor negligente. Además, según se observa en algunas sentencias como la STS 4695/2015, de 19 de octubre de 2015 [54], aunque la custodia compartida se extinga o se suspenda no significa que se extingan también el derecho de visita o la patria potestad.

6. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EUROPA

La custodia compartida en Europa, al igual que pasa en España , ha ido cambiando y evolucionado para adaptarse a las realidades sociales de los habitantes ; siendo además un tema en continuo debate , debido a que cada país aborda el tema de una manera diferente .Pero debemos tener en cuenta que la existencia de distintas regulaciones europea se debe a diversos factores como puede ser la cultura o las perspectivas sociales , por ello por ejemplo en cada país europeo puede existir un mayor o menor grado de igualad entre los progenitores , repercutiendo por tanto en la custodia compartida. A continuación, vamos a analizar brevemente algunas regulaciones de la custodia compartida en el ámbito europeo.

a) Francia: en el caso francés la Ley 2002-305 de 4 de marzo que modificó su código civil estableciendo como norma general la custodia compartida (artículos 373-2 y siguientes del Código Civil francés), incluso existiendo descuerdo entre los progenitores. Es decir, a diferencia de España Francia sí que sitúa a la custodia compartida como régimen general. Las diferencias con el ámbito español son por ejemplo en la vivienda o los tiempos que pasan con los menores con los

[54] STS 4695/2015, de 19 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4695).

progenitores; en Francia los progenitores no suelen vivir en la vivienda familiar y el tiempo que pasa el menor con cada progenitor se suele establecer por semanas alternas. Como vemos la diferencia más importante es la consideración de la custodia compartida como régimen general.

b) Portugal: en el caso portugués no existe una regulación de la custodia compartida, si no que el artículo 1906 del CC portugués establece la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida si hay acuerdo entre los progenitores y es en beneficio del interés del menor. Es decir, en Portugal a diferencia de España, aunque la custodia compartida es posible establecerla en la mayoría de los casos se opta por la custodia exclusiva, y es debido al débil arraigo y rechazo de la custodia compartida en el ámbito social y cultural.

c) Italia: en Italia la custodia compartida está recogida en el Código Civil Italiano en su artículo 337 ter y siguientes (introducida por la Ley 54/2006). La custodia compartida se establece como el régimen general y solo en el caso de que uno de los progenitores se niegue, el juez podrá establecer la custodia exclusiva. El caso italiano es significativo en cuanto a la aceptación tanto por los tribunales como por los afectados de la custodia compartida, ya que desde que existe una norma que la regula la gran mayoría de procesos de crisis matrimoniales en las que existe un menor termina en más de un 80% con un régimen de custodia compartida.

d) Reino Unido: a diferencia de los países vistos, Reino Unido carece de una norma que reconozca la custodia compartida, sino que lo más cercano que podemos encontrar es la Ley de 2013 sobre los niños y la familia en la que se insta a que los menores tengan contacto con ambos progenitores. Es debido a la falta de normativa y de arraigo social lo que provoca que el régimen de la custodia compartida en Reino Unido tenga un bajo porcentaje de aplicación, debido

también a que en los casos en los que se llega establecer es a través del mecanismo de la mediación.

Tras el breve análisis de la regulación de la custodia compartida en algunos países europeos podemos observar que el arraigo de este régimen deriva mucho de la concepción social y cultural que se tenga en el país sobre la custodia compartida. Pero desde luego lo que más va a afectar es la existencia de una normativa que regule el sistema como se puede observar en el caso de Italia y Reino Unido. En cuanto a la posición de España en comparación con el resto de Europa podemos ver que vamos hacia un camino más parecido al de Italia que al de Portugal, situando a ambos progenitores en pie de igualdad y situando poco a poco a la custodia compartida como régimen general (aunque todavía se reconozca como preferente y no como general, a diferencia de otras CCAA que sí que lo reconocen como general).

7. CONCLUSIONES

Tras haber finalizado el estudio de alguno de los aspectos más importantes de la custodia compartida, podemos llegar a una serie de conclusiones.

Conclusión primera: Como hemos analizado, la custodia compartida se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en una lenta pero constante evolución, reflejando la realidad social de nuestro país. Tanto los tribunales como los progenitores han demostrado que es posible establecer la custodia compartida y convertirla paulatinamente en el régimen de aplicación general y no dejarlo solo como preferente. Muestra de ello es el año 2022, en el que el 45,5%[55] de los procesos de

[55] EUROPA PRESS. (s. f.). España registró en 2022 el porcentaje más elevado de custodias compartidas en procesos de divorcio con. . . *europapress.es*. https://www.europapress.es/sociedad/noticia-espana-registro-2022-porcentaje-mas-elevado-custodias-compartidas-procesos-divorcio-hijos-455-20230713130603.html

crisis matrimoniales terminaron en custodia compartida. Sin embargo, a pesar del aumento en los porcentajes de atribución de la custodia compartida, más del 50% de los casos terminaron en custodia exclusiva en favor de la madre. Esto nos demuestra que los tribunales prefieren todavía a custodia exclusiva sombre la compartida.

Esta preferencia nos lleva a cuestionarnos si se debe a un arraigo social y cultural o a la falta de norma que establezca la custodia compartida como norma general y no solo como régimen preferente. A mi parecer, ambos factores influyen en estos resultados. España tiene una tradición jurisprudencial en la cual, durante muchos años, la custodia se ha otorgado en exclusiva a la madre. Hay que añadir, que en los últimos años no solo se ha promulgado una gran cantidad de normativas referentes a la igualdad, sino que además la sociedad se ha vuelto igualitaria, a través de un cambio de mentalidad y de la concepción de los roles de género. Todo estos contribuyen a que, poco a poco, los tribunales se inclinen hacia una equiparación entre los progenitores, reflejando en una mayor aplicación de la custodia compartida.

Conclusión segunda. Lo segundo que se puede observar tras el análisis de la custodia compartida en el ámbito español es la falta de criterios claros y una regulación exhaustiva sobre este régimen. En lugar de contar con una normativa específica, las concepciones sobre la custodia compartida se han desarrollado principalmente a través de la jurisprudencia y las circunstancias particulares de cada caso. En otras palabras, al abordar este tipo de régimen, los jueces no disponen de una regulación concreta para aplicar, sino que deben basarse en precedentes jurisprudenciales y, en ausencia de estos, recurrir a su buen criterio.

Conclusión tercera: Como hemos observado, el interés superior del menor es la figura más importante en la custodia compartida. Esta figura no solo guía la custodia compartida, sino también todo el proceso de crisis matrimonial e incluso otras leyes, como la LECrim, cuando intervienen menores. En última instancia, será el juez quien tome las medidas que considere oportunas atendiendo a este interés superior.

No obstante, el interés superior del menor no debe interpretarse como lo que el menor o los padres desean, sino como lo que es mejor para el menor a largo plazo y para su relación con sus padres. Esto implica una especie de imposición del criterio del juez, ya que, a pesar de recibir informes de especialistas y considerar las opiniones del menor y de los progenitores, la decisión final estará condicionada por los criterios del juez y su perspectiva sobre lo que considera mejor. Por lo tanto, hablar del interés superior del menor es hablar también del criterio del juez.

La falta de regulación sobre lo que debe considerarse el interés superior del menor hace que, en casos con circunstancias similares, las soluciones puedan ser diversas debido a la concepción del juez de que es mejor para el menor. Por tanto, una vez más nos encontramos con que la falta de regulación conduce a soluciones diversas, generando un abanico jurisprudencial con diferentes conceptos y aplicaciones del interés superior del menor.

Conclusión cuarta. La regulación de la custodia compartida a nivel nacional, como he señalado previamente, es bastante limitada en comparación con la legislación más avanzada de algunas comunidades autónomas, donde la custodia compartida ya se considera el régimen general. A pesar de que en el ámbito estatal se han realizado avances en comparación con algunos países europeos, como el Reino Unido, persisten significativas desigualdades. Estas no solo se deben a la falta de una regulación que unifique criterios y establezca parámetros claros para la custodia compartida y otros

aspectos fundamentales como el interés superior del menor, sino también a la disparidad de criterios entre los jueces.

Aunque es innegable que ha habido una evolución en la aplicación y percepción social y jurisprudencial de la custodia compartida, dicha evolución es insuficiente. Se necesita una nueva normativa que establezca criterios y normas que no solo faciliten la labor de los jueces en la toma de decisiones, sino que también unifiquen la doctrina.

Desde mi perspectiva, la custodia compartida ofrece numerosas ventajas, no solo para el menor, sino también para que ambos progenitores puedan participar activamente en el desarrollo y crecimiento de su hijo. Por ello, resulta lamentable que no exista una regulación más completa. La custodia compartida es una de las figuras con mayor crecimiento en su aplicación y, al mismo tiempo, una de las más complejas debido a los múltiples factores que deben considerarse.

Es cierto que una futura regulación debe ser realista y entender que es imposible abarcar todas las circunstancias y factores posibles que puedan surgir durante el proceso. Sin embargo, es factible establecer unos límites o concepciones básicas que ayuden a los jueces, las familias y los menores. De este modo, no solo se agilizarían todos los procesos, sino que también se crearía una mayor seguridad jurídica.

Conclusión final: Para concluir este trabajo cabe señalar que, analizada la custodia compartida, considero nuevamente que, de existir una regulación más extensa de la custodia compartida, y que la situara como régimen general haría inclinar la balanza a favor de la custodia compartida y no de la exclusiva. Es curioso que a pesar de la reivindicación de la custodia compartida por la igualdad entre los progenitores los tribunales no se inclinen a su favor, y sigan apostando por una custodia exclusiva que excluye a uno de los progenitores (que en la gran mayoría de

los casos suele ser el padre). Esta desigualdad, a mi parecer, se debe a la mayor facilidad de aplicar la custodia exclusiva, ya que para un juez implica menos trabajo que la aplicación de la custodia compartida. Sin embargo, considero que esta situación cambiaría si existiera una regulación más clara y detallada de la custodia compartida, lo cual facilitaría significativamente su aplicación. Esto, a su vez, incrementaría los casos en los que se opta por la custodia compartida, promoviendo así una mayor igualdad entre los progenitores.

8. BIBLIOGRAFÍA

8.1. MANUALES

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., & ÁLAVAREZ LATA, N. (2021). Manual de derecho civil. Derecho de familia (6a ed.). Madrid: Bercal.

DELGADO SAÉZ, J., LAPOR, M., & TORRELLES TORREA, E. (2020). La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española. Madrid, España: Editorial REUS.

Guarda y custodia compartida: criterios del Tribunal Supremo. (2018). Madrid: Sepín.

LASARTE ÁLVAREZ, C., et al. (2023). Principios de derecho civil. Tomo 5, Derecho de familia (21a ed. rev. y act., con la col. de P. López Peláez y M. del M. Heras Hernández). Madrid: Marcial Pons.

LLAMAS POMBO, E., SANTOS MORÓN, M. J., & MARTÍN SALAMANCA, S. (2021). Manual de derecho civil. Volumen V. Derecho de familia. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., et al. (2021). Derecho de familia (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

UREÑA MARTÍNEZ, M., & CARRASCO PERERA, Á. (2022). Lecciones de derecho civil. Derecho de familia (6a ed.). Madrid: Tecnos.

VERDA Y BEAMONTE, J. R. de. (2023). Derecho civil. IV, (Derecho de familia) (6a ed.). Valencia: Tirant lo Blanc.

8.2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

8.2.1. Legislación

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

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 incorporado en el Código de Derecho Foral de Aragón

Libro segundo del Código civil catalán, relativo a la persona y la familia

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

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, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

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

8.2.2. Jurisprudencia

8.2.2.1. Tribunal Supremo

STS de 22 de Julio de 2011 (RJ/2011/5676)

STS 43/2012 del 10 de febrero de 2012(ECLI: ES:TS: 2013:2131)

STS 373/2013 ,31 de enero de 2013 (ECLI ES:TS:2013:3339)

STS de 29 de abril del 2013 (ECLI: ES:TS: 2013:2246)

STS 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:1911)

STS 256/2013 de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:256)

STS 19 de julio 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:3724)

STS 7118/2013 ,29 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:7118)

STS 1916/2014, de 25 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1916)

STS 25 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:1837)

STS de 2 de Julio de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:2903)

STS DE 15 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:4696)

STS de 22 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:4641).

STS 593/2014 de 24 de octubre (ECLI: ES:TS: 2014:4249)

STS de 16 de febrero de 2015 (RJ/2015/553)

STS 530/2015 del 25 de septiembre. (ECLI: ES:TS: 2015:3890)

STS 4695/2015, de 19 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4695).

STS de 11 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS: 2016:543)

STS de 5 de diciembre de 2016 (RJ/2016/5968)

STS de 17 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:548)

STS 519/2017 de 22 de septiembre. (ECLI: ES:TS: 2017:3327)

STS 501/2017 de 26 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:501)

STS 32/2018 de 15 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS: 2018:32)

STS 206/2018 de 11 de abril (ECLI:ES:TS: 2018:1351)

STS del 17 de enero de 2019 (ECLI ES:TS: 2019:5)

STS de 26 de diciembre del 2019 (RJ /2019/635)

STS 559/2020 del 26 de octubre (ECLI:ES:TS: 2020:3561)

8.2.2.2. Tribunal Constitucional

STC 4/2011 de 14 de febrero (ECLI:ES:TC: 2011:4)

STC de 17 de octubre (ECLI:ES:TC: 2012:185)

Sentencia 106/2022, de 13 de septiembre de 2022. Recurso de inconstitucionalidad 5570-2021. (ECLI:ES:TC: 2022:106)

8.3. SITIOS Y ARTICULOS WEB

ABOGADOS, B. (2022, 30 agosto). Tipos de custodia compartida: qué opción es mejor para cada caso y cómo plantearla. Despacho de Abogados En Madrid. https://www.basaabogados.com/tipos-de-custodia-compartida-que-opcion-es-mejor-para-cada-caso/

BÁRBARA, L. A. A. A. I. (2022, 29 marzo). ¿Qué implica la patria potestad? Legal Today. https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/realmente-que-implica-la-patria-potestad-2018-11-21/

DE FAMILIA DEBELARE MADRID, A. (2024, 18 marzo). 5 comunidades autónomas con custodia compartida como régimen generan. Debelare.

https://www.debelareabogados.es/custodia-compartida-pais-vasco-navarra-aragon-cataluna-comunidad-valenciana/

DIVORCIOS.ME. (2024, 21 febrero). Atribución de la vivienda familiar con custodia compartida (2024). divorcios.me. https://www.divorcios.me/atribucion-vivienda-custodia-compartida/

EUROPA PRESS. (s. f.). España registró en 2022 el porcentaje más elevado de custodias compartidas en procesos de divorcio con. . . europapress.es. https://www.europapress.es/sociedad/noticia-espana-registro-2022-porcentaje-mas-elevado-custodias-compartidas-procesos-divorcio-hijos-455-20230713130603.html

GARCÍA, N. (2023, 27 octubre). ¿Conocemos bien el marco jurídico que arropa el interés del menor? SEPIN. https://blog.sepin.es/2017/02/marco-juridico-interes-menor

HERAS ABOGADOS. (2021, 23 septiembre). La custodia compartida en el País Vasco - Heras Abogados. Heras Abogados. https://www.herasabogados.com/la-custodia-compartida-en-el-pais-vasco/

IBERLEY Información Legal, S.L. (s. f.). Evolución legislativa de la custodia compartida. https://www.iberley.es/temas/custodia-compartida-evolucion-legislativa-64545

INE. (2023, 13 julio). Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD). Notas de Prensa INE. Recuperado 5 de abril de 2024, de https://www.ine.es/prensa/ensd_2022.pdf

JÉSSICA DELGADO SÁEZ. Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio. (s. f.). vLex. https://vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida-685513913

LEFEBVRE, & GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2021, 20 diciembre). Reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia. El Derecho. https://elderecho.com/examen-de-las-reformas-sustantivas-introducidas-en-el-codigo-civil-en-materia-de-familia-por-la-ley-organica-8-2021

LEFEBVRE. (2021, 20 diciembre). Reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia. El Derecho. https://elderecho.com/examen-de-las-reformas-sustantivas-introducidas-en-el-codigo-civil-en-materia-de-familia-por-la-ley-organica-8-2021

MADRID, A. M. D. (2022, 19 mayo). Regulación en los países de la Unión Europea de la custodia compartida. Debelare. https://www.debelareabogados.es/regulacion-europa-custodia-compartida/

MARÍA DE LA PAZ GRAGERA ROJAS. (2021, 4 marzo). Separación de hermanos tras un divorcio - Lex Consultores. LEX Consultores Jurídicos - Financieros. https://lexconsultores.es/separacion-de-hermanos-tras-un-divorcio/

MARTÍNEZ, J. M. (2022, 31 marzo). Tener más hijos, ¿es motivo para que se conceda la custodia compartida? Analizamos la STS 559/2020, de actualidad estos días, para tener respuesta a la pregunta | Superbia Jurídico. Superbia Jurídico. https://superbiajuridico.es/texts/2736-2/

MARTÍNEZ, J. M. (2024, 14 abril). La opinión del menor, ¿vincula al juez? Doctrina del Tribunal Supremo | Superbia Jurídico. Superbia Jurídico. https://superbiajuridico.es/texts/la-opinion-del-menor-vincula-al-juez-doctrina-del-tribunal-supremo/

PERAITA, L. (2015, 5 mayo). Así sufren los niños el divorcio de sus padres según su edad. Diario ABC. https://www.abc.es/familia-padres-hijos/20150427/abci-madre-quatar-hijos-201504011031.html

RODRÍGUEZ, A. G. (2023, 10 julio). Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre: régimen de visitas y patria potestad: Recurso de inconstitucionalidad de los arts. 94 y 156 CC, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio. https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/31633/29561