

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE  
ELCHE**



**GRADO EN DERECHO SEMIPRESENCIAL**

**CURSO 2023-2024**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**CUSTODIA COMPARTIDA DE MENORES LACTANTES**

ALUMNA: Ana María Pérez Prieto

TUTORA: Cristina López Sánchez

# INDICE

1. Abreviaturas .....	3
2. Resumen.....	4
3. Introducción.....	5
4. La custodia compartida en el Derecho español .....	7
4.1 Regulación de la custodia compartida .....	7
4.1.1 Código Civil: artículo 92 .....	7
4.1.2 Actualidad de la custodia compartida en España .....	11
a) <i>Comunidades autónomas: regulación sobre la custodia compartida en territorios forales de España</i> .....	11
b) <i>Criterio del Tribunal Supremo</i> .....	23
c) <i>Modalidades de Custodia Compartida</i> .....	27
5. La custodia compartida en casos con menores lactantes .....	31
5.1 Situación de separación y divorcio cuando hay menores lactantes.....	31
5.2 Problemáticas actuales.....	36
a) <i>Lactancia prolongada</i> .....	36
b) <i>Existencia de otros hermanos del menor lactante</i> .....	39
c) <i>Interrupción de la lactancia con la incorporación de la madre a su lugar de trabajo</i> .....	41
d) <i>Lactancia con leche de fórmula</i> .....	42
6. Conclusiones .....	43
7. Bibliografía .....	45

## **1. Abreviaturas**

Asociación Española de Pediatría (AEP)

Código Civil (CC)

Código Civil de Cataluña (CCCat)

Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (CDCFN)

Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA)

Comunidades Autónomas (CCAA)

Constitución Española (CE)

Ley de relaciones familiares del País Vasco (LRFPV)

Obra citada (ob. cit.)

Sentencia Audiencia Provincial (SAP)

Sentencia Tribunal Constitucional (STC)

Sentencia Tribunal Supremo (STS)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ)

Tribunal Supremo (TS)

Tribunal Constitucional (TC)



## **2. Resumen**

Este trabajo está orientado a la investigación de las diferentes situaciones que se pueden producir cuando un matrimonio decide separarse teniendo hijos o hijas menores que todavía están alimentándose con leche materna. Es a raíz de la ruptura de la relación matrimonial en la que existen hijos menores que aún están lactando, cuando nos preguntamos si cabe la posibilidad de denegar una custodia compartida a favor del padre por el motivo de la lactancia del menor, cuándo cabe un régimen de visita con pernoctas y si cabe una custodia compartida cuando la lactancia se prolonga y el menor es alimentado a demanda. Para llegar a este punto antes vamos a introducir y desarrollar la custodia compartida en el Derecho español.

Palabras clave: Custodia compartida, separación, menores, lactancia

### **Abstract**

This work is aimed at investigating the different situations that can arise when a married couple decides to separate and have children who are still breastfeeding. It is as a result of the breakdown of the marital relationship when there are children who are still breastfeeding that we ask ourselves whether it is possible to deny shared custody in favour of the father on the grounds that the child is breastfeeding, when a visiting regime with overnight stays is possible, and whether shared custody is possible when breastfeeding is prolonged and the child is fed on demand. To get to this point, we will first introduce and develop shared custody in Spanish Law.

Keywords: shared custody, separation, children, breastfeeding

### 3. Introducción

La custodia compartida en España lleva concediéndose desde hace unos años, concretamente fue introducida en el Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Con anterioridad, la custodia se concedía normalmente a la madre, esto era así debido a su rol que desempeñaba dentro del hogar: el cuidado de los hijos e hijas del matrimonio y las labores del hogar. Para analizar esta realidad social por aquel entonces tenemos que situarnos muchos años atrás, concretamente en el año 1870 con la Ley Provisional del Matrimonio Civil indicando que el padre era quien ostentaba la patria potestad de los menores no emancipados<sup>1</sup>. En los casos de divorcio<sup>2</sup>, si uno de los progenitores era culpable, ostentaba la patria potestad el cónyuge que actuó de buena fe. También existía el escenario de declarar la nulidad del matrimonio, por lo que, si ambos actuaron de buena fe, ostentaría la patria potestad de los hijos mayores de 3 años el padre y de las hijas la madre<sup>3</sup>, por lo que, si los hijos tenían menos de 3 años, se quedarían también con la madre, esto era así debido al período de lactancia que se podía alargar hasta esa edad<sup>4</sup>.

En la época de la Segunda República hubo un gran avance con respecto a la responsabilidad que debían ostentar los progenitores en cuanto a sus hijos e hijas. Después de esa etapa se volvió a lo anteriormente establecido salvo por una novedad, se ampliaba la edad de los hijos menores de edad que deben estar con la madre en caso de nulidad matrimonial, por lo que hasta los 5 años debían estar los hijos con la madre y después pasarían a estar con el padre porque es quien ostentaba la patria potestad de los hijos varones. En la época del Franquismo, se promulgó la Ley de 24 de abril de 1958 que introdujo la modificación de ampliar la edad en la que los hijos tenían que estar con la madre, es decir, se amplió de 5 a 7 años, ya que se consideraba que la madre era el progenitor mejor preparado para el cuidado de los hijos de corta edad porque era quien

---

<sup>1</sup> Artículo 64 de la Ley de 1870.

<sup>2</sup> DELGADO SÁEZ, J., *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*. Editorial Reus. Madrid 2020, pp. 19-23.

<sup>3</sup> Artículo 97 de la Ley de 1870.

<sup>4</sup> BENAVENTE MOREDA, P., “La custodia de hijos menores de edad. El artículo 159 del CC tras la Ley 11 de 15 de octubre de 1990”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 11-12/1991, pp. 130-131.

normalmente se quedaba en el hogar atendiendo a los menores y al cuidado del hogar, pero el padre seguía siendo el progenitor que ostentaba la patria potestad de los hijos. Con la Constitución Española de 1978 vino la reforma del Código Civil con la Ley 30/1981, de 7 de julio, que equiparaba en igualdad tanto a la madre como al padre estableciendo que ambos ostentan la patria potestad. En aquella época si había una ruptura en la relación de los progenitores se establecía, si no había acuerdo común, que la madre era quien tendría la custodia exclusiva de los menores y el padre tendría el derecho al régimen de visitas, salvo que el juez estableciera otra situación en beneficio de los menores. Esta tendencia siguió aplicándose por los tribunales españoles porque consideraban que la madre era la progenitora más apta para el cuidado de ellos. No obstante, los padres podían llegar a un acuerdo para establecer una custodia compartida, pero no era lo común en aquella época.

Esta situación no cambió mucho con la llegada de la Ley 15/2005, de 8 de julio. La ley introdujo una modificación en el Código Civil<sup>5</sup> indicando expresamente la adopción de la custodia compartida por parte del juez en caso de desavenencia entre los progenitores y siempre que hubiera un informe favorable del Ministerio Fiscal<sup>6</sup>. Una vez que la mujer se incorporó al mundo laboral trabajando fuera del hogar aún incluso después de haber tenido hijos, la sociedad empezó a cambiar la forma de pensamiento en cuanto a la custodia de los hijos en común una vez se produzca la extinción de la relación entre los cónyuges.

En relación con la custodia compartida, actualmente están surgiendo nuevas problemáticas dentro del Derecho de Familia, una de ellas es la lactancia materna, que cada vez más madres deciden alargar esa lactancia porque consideran beneficiosa para sus hijos. La problemática que surge es cuándo establecer la custodia compartida en estos casos, si es relevante la edad del menor, si se puede establecer este tipo de custodia cuando la lactancia materna se alarga y ni la madre ni el hijo desean interrumpir esas tomas.

En el Código Civil no se recoge ningún artículo ni menciona en absoluto estas situaciones de custodias cuando el menor es aún muy pequeño y sigue lactando, y mucho menos si esa lactancia se alarga con el tiempo. Por lo tanto, tenemos que acudir a la jurisprudencia

---

<sup>5</sup> Artículo 92.8 CC.

<sup>6</sup> Fue obligatorio hasta 2012. La sentencia del TC 185/2012, de 17 de octubre eliminó esa obligatoriedad del informe del MF al considerarlo inconstitucional debido a que chocaba con el artículo 117.3 CE.

e investigar los casos que se establecen custodia compartida en estos casos y las diferentes vicisitudes que pueda haber.

Para llegar a este punto consideramos conveniente estudiar qué es la custodia compartida y cómo está establecido en nuestro Derecho, ya sea en el Código Civil como en los Códigos Civiles o leyes de aquellas Comunidades Autónomas que tengan Derecho Civil Foral. También hay que indicar qué establece el Tribunal Supremo y cuáles son las líneas que ha definido para establecer una custodia compartida en nuestro sistema jurídico. Y para terminar esta parte habría que mencionar las distintas modalidades de custodia compartida que se pueden establecer, ya que no solo existe la custodia compartida 50/50 de tiempo para cada progenitor.

## **4. La custodia compartida en el Derecho español**

### 4.1 Regulación de la custodia compartida

#### 4.1.1 Código Civil: artículo 92

El Código Civil español ha sufrido diferentes modificaciones a lo largo de los años en materia de guarda y custodia, pero es a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio cuando se introdujo el concepto de guarda y custodia compartida de los hijos menores, y concretamente se hizo esa introducción en su artículo 92.

Antes de comenzar a desgarnar el art. 92, tenemos que preguntarnos lo siguiente: ¿qué es la guarda y custodia compartida? El CC no define este concepto, pero sí lo definió la Ley Valenciana 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, ley que está derogada actualmente porque se declaró inconstitucional por la STC del 17 de noviembre de 2016, definiendo en su art. 3 que la custodia compartida es “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”. Por tanto, podemos decir que la guarda y custodia compartida es aquel sistema en el que los progenitores se encargan del cuidado de los hijos menores estableciéndose el tiempo en el que están al cargo de cada uno de ellos cuyo reparto no hace falta que sea igualitario y cuyo fin es evitar un perjuicio mayor a los

hijos e hijas menores por la ruptura de sus progenitores cuya convivencia en común ya no existe, y eso se cumple cuando aquellos cumplen con sus obligaciones parentales y la relación con ellos es fluida y satisfactoria.

Para entrar en materia tendremos que empezar mencionando el artículo 92.5 CC, que es el que menciona expresamente la custodia compartida. La guarda y custodia compartida se puede acordar por mutuo acuerdo entre los progenitores a través del convenio regulador, también a través de un procedimiento judicial en el que el juez tendrá que valorar si acuerda la custodia compartida atendiendo al interés del menor y, si la acuerda, cómo establecer esos tiempos, ya que no es obligatorio que sea paritario<sup>7</sup>. Por tanto, podemos decir que este artículo menciona dos maneras para acordar la guarda y custodia compartida: mutuo acuerdo por convenio regulador ratificado posteriormente por el juez para darle validez y a través de un procedimiento contencioso. De la lectura del precepto se puede considerar que la guarda y custodia conjunta se puede acordar con el acuerdo de los progenitores y que el juez automáticamente la ratificará, pero según la SAP de Murcia de 14 de abril de 2011 (RJ/2011/198442) “el principio de autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones en la indisponibilidad de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, entre las que destacan las referidas a los hijos menores del matrimonio”. Por tanto, los principios dispositivo y de rogación no se pueden aplicar en este ámbito del Derecho Civil teniendo en cuenta que se tratan de derechos de los menores y que actúa el Ministerio Fiscal para garantizar el cumplimiento de sus intereses, por lo que podemos considerar que en Derecho de Familia cuando se haga referencia a menores las acciones no serán disponibles, al contrario, serán imperativas e indisponibles para las partes del conflicto.

El juez al no estar vinculado al convenio colectivo presentado por los progenitores podrá recabar aquellas pruebas pertinentes a fin de garantizar el interés del menor, tener en cuenta las alegaciones de las partes, oír a los menores cuando tengan suficiente madurez para ello, tendrá que recabar el informe del Ministerio Fiscal, que no es vinculante a la hora de tomar su decisión y observar cómo es la relación de los progenitores entre si para considerar cuál es el interés del menor<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> MARTINEZ DIAZ, A., “Comentarios al Código Civil”. Coordinador BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, p. 946.

<sup>8</sup> DELGADO SÁEZ, J., “La guarda y custodia compartida...”, ob. cit., p. 149.

En cuanto al informe del Ministerio Fiscal del que vamos a tratar ahora tenemos que hacer un repaso de cómo tenía efecto en las resoluciones judiciales en aquellos conflictos de familia en los que estuviera un menor. El art. 92.8 CC indica lo siguiente en cuanto al referido informe: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Con respecto a ese informe favorable, al principio de aplicar la Ley 15/2005 era obligatorio para el juez, por lo que, si el Ministerio Fiscal indicaba en su informe que no era posible el régimen de guarda y custodia compartida, el juez estaba obligado a no concederla<sup>9</sup>. Si bien es cierto que este informe sea imperativo para el juez iba en contra del art. 117.3 CE, debido a la potestad jurisdiccional que ostentan estando sujetos al imperio de la ley. Por tanto, el informe favorable del Ministerio Fiscal se declaró inconstitucional por el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>. Dicho Tribunal indica en su sentencia que “sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional, por lo que ninguna autoridad pública que no forme parte del Poder Judicial está investida constitucionalmente de dicha potestad”. En definitiva, el informe del Ministerio fiscal no será vinculante, pero sí tiene un papel importante como garante de la legalidad y velando por los intereses de los menores en los procedimientos de Derecho de Familia.

¿Pero qué ocurre si la solicitud de la guarda y custodia compartida la realiza uno de los progenitores? Entonces tendremos que acudir al art. 92.8 CC, mencionado anteriormente, por el que podrá el juez acordar el guarda y custodia compartida teniendo en cuenta el informe del Ministerio Fiscal, que ya hemos visto que no es vinculante a la hora de tomar una decisión. Si el juez a la práctica de las pruebas que considere oportunas y con el informe del Ministerio Fiscal, considera que el régimen planteado por una de las partes es el más idóneo y protege el interés del menor adecuadamente la concederá. El juez para considerar que este régimen es idóneo para el menor o la menor tendrá que tener en cuenta el art. 92.6 CC, que indica que deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal, ya indicado con anterioridad, oír a los menores que tengan suficiente juicio debido a su edad ya sea de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, tendrá que tener en cuenta al Equipo Técnico

---

<sup>9</sup> GARCIA RUBIA, M.P., OTERO CRESPO, M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guardia y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”. Revista Jurídica de Castilla y León, p. 93.

<sup>10</sup> STC de 17 de octubre de 2012 (RTC/2012/185).

Judicial, valorar las alegaciones de las partes en la comparecencia, y la relación que tengan entre los progenitores y con sus hijos. Además de todo lo anterior, el juez, con base en el art. 92.9 CC, podrá recabar información, ya sea a instancia de parte o de oficio, de los dictámenes de especialistas cualificados.

Para concluir con los artículos que hacen referencia a la custodia compartida en el CC, tenemos que hablar de los supuestos en los que no se concede una guarda y custodia compartida. Nos tenemos que dirigir al art. 92.7 CC que indica lo siguiente “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Aquí tenemos que hacer hincapié en la parte del artículo que habla sobre que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal. Pero, ¿qué significa estar incurso en un proceso penal? El precepto no indica nada, no hace alusión de si uno de los progenitores tiene que ser encausado en el procedimiento o si también se puede hacer alusión a la víctima o ser testigo en un procedimiento penal. Aquí también entraría en juego la presunción de inocencia del art. 24 CE, que si no hay una condena en firme no podría darse el caso de la privación de la patria potestad<sup>11</sup>. En los casos de violencia de género, se actúa suspendiendo el ejercicio de la patria potestad para velar por el interés de los menores y/o las menores<sup>12</sup>. Una vez absuelto, el progenitor podrá pedir una modificación de medidas para solicitar el ejercicio de la patria potestad, como en el caso de la STS del 17 de enero de 2018 (RJ/2018/100), en el que se concedió custodia compartida tanto en el Juzgado de Primera Instancia como en la Audiencia Provincial y la madre solicitó por casación la custodia exclusiva para ella debido a la mala relación entre ella y el padre y alegando que estuvo el otro progenitor incurso en un proceso penal. En el caso concreto, la denuncia fue sobreesída y archivada, aunque se tomó medidas como las visitas entre él y el menor en un punto de encuentro durante 16 meses, que conllevó al deterioro de las relaciones entre ellos. Por tanto, se tomó la decisión de un régimen progresivo para que padre e hijo retomaran poco a poco la relación y después de dos meses establecer una custodia compartida. La Sala Primera del Tribunal Supremo indicó en esa sentencia que

---

<sup>11</sup> GARCIA RUBIO, M.P., OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio...”, ob. cit., pp. 99-100.

<sup>12</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa...”, ob. cit., pp.18.

una mala relación entre los progenitores por si sola no puede ser causa de denegación de la custodia compartida porque perjudicaría el interés del menor, que debe tener la atención y el cuidado de ambos progenitores.

#### 4.1.2 Actualidad de la custodia compartida en España

*a) Comunidades autónomas: regulación sobre la custodia compartida en territorios forales de España.*

Para continuar con el estudio de la custodia compartida regulada en España, tenemos que mencionar cuál es su regulación en aquellos territorios forales o que tienen su propia normativa acerca de este tema. Este Derecho Foral lo ostentan las CCAA de Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco, pero la Comunidad Valenciana tuvo su propia ley durante un tiempo.

Empezaremos con la CCAA de Aragón. La primera regulación que hizo Aragón en materia de custodia compartida fue la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. La idea de crear esta Ley fue la de dar igualdad en cuanto al ejercicio de la guarda y custodia a ambos progenitores cuando se produjese una ruptura conyugal. Por tanto, se establecen dos derechos principales con esta normativa: por un lado, el derecho que tienen los hijos de mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro lado, el derecho-deber de aquellos en la crianza y educación de los hijos<sup>13</sup>.

La ley 2/2010, de 26 de mayo, fue derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que se llamó Código del Derecho Foral de Aragón (ahora en adelante CDFA). En materia de guarda y custodia compartida se recoge en los artículos 75 al 84 del CDFA, cuyo título en el Código indica que esos artículos tratan de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo.

Ahora vamos a desgranar los artículos de este Código que tengan relación con el tema que estamos tratando. En el art. 75 indica que esa sección tiene como finalidad regular la convivencia de los progenitores con sus hijos cuando se produzca una ruptura conyugal en los supuestos de separación, divorcio y nulidad y regulará la guarda y custodia

---

<sup>13</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar”, XX Encuentros del Foro Aragonés, 2010, pp. 141-142.

compartida de los hijos menores. En cuanto al interés del menor, el art. 76 lo indica, concretamente en el art. 76.2 “Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos”. Continuando con el mismo artículo también establece los derechos que ostenta cada parte, los hijos tienen derecho a seguir en contacto directo y regular con sus padres y que ellos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses, y los padres tienen derecho a participar de forma igualitaria en esas decisiones. El menor, además, tiene derecho a ser oído antes de tomar cualquier decisión que le pueda afectar (art. 76.4). Para terminar, este artículo 76.5 CDFA indica lo siguiente “Los anteriores derechos se armonizarán de acuerdo con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor”. El Código Aragonés introduce un elemento que el CC español no indica, y es la posibilidad de que los progenitores puedan acudir a la mediación familiar ante sus discrepancias antes de acudir a la vía judicial, recogido en el art. 78 de dicho Código. El art. 80 trata sobre la guarda y custodia de los hijos menores, indicando que los padres podrán acordar en conjunto o por separado la guarda y custodia compartida o que sea ejercida por uno de ellos. Si solicitan la guarda y custodia compartidas se deberá fijar un régimen de convivencia de los padres con sus hijos adaptado a sus circunstancias y que garantice el ejercicio de sus derechos y obligaciones en igualdad. También el artículo indica que el juez establecerá de forma preferente la custodia compartida, a menos que la custodia individual sea más favorable para los menores atendiendo al plan de convivencia de cada uno de los progenitores y teniendo en cuenta los siguientes factores: edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de éstos siempre que tengan suficiente juicio, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación en la vida familiar y laboral de los progenitores, cualquier circunstancia de especial relevancia para la convivencia familiar<sup>14</sup>.

Según la Guía de Actuación Judicial en materia de custodia compartida, el TSJ de Aragón en diversas sentencias ha tomado en consideración para adoptar o mantener una custodia compartida los siguientes criterios<sup>15</sup>:

1. La preferencia legal de la custodia compartida.
2. El resultado de los informes periciales.

---

<sup>14</sup> Art. 80.2 CDFA

<sup>15</sup> Guía de Criterios de Actuación en Materia de Custodia Compartida. Consejo General del Poder Judicial. 2020.

3. La edad del menor, teniendo en cuenta su opinión cuando tenga una edad y madurez suficientes.
4. La aptitud y capacidad de los progenitores para el ejercicio de la custodia compartida.
5. La mala relación de los padres cuando repercute significativamente de manera negativa al menor.
6. Otros criterios como la conciliación de los horarios laborales de los progenitores, el estilo educativo de cada uno que sea compatible entre sí, y la estabilidad económica y personal de los padres.

Antes de terminar con esta Comunidad Autónoma, tenemos que hacer referencia a algunas sentencias relacionadas con el objeto de este trabajo, que no es otra que los casos de custodia cuando el menor o la menor tienen como alimento la lactancia materna.

Empezaremos con la SAP de Teruel 20/2015, de 16 de junio. Este caso empezó con una demanda de modificación de medidas definitivas cuyo juzgado acordó la guarda y custodia compartidas de los menores, por lo que la madre interpuso recurso de apelación indicando que no ha habido alteración en las circunstancias para que se modificara la medida de la custodia exclusiva de ella. La sentencia del juzgado fundamentó esta modificación en la terminación de la lactancia del niño pequeño, por lo que no necesita unos cuidados de su madre tan intensos, y también en el fracaso del régimen de custodia exclusiva porque el régimen de visitas se produjo de manera muy restrictiva perjudicando sobre todo a la hija mayor. El tribunal tuvo en cuenta en este caso lo que indica el art. 80 CFDA que establece como criterio preferente la custodia compartida y lo que indican las sentencias del TSJ de Aragón sobre esta cuestión (Sentencias de 1 de Febrero y 18 de Abril de 2012), señalando que “la custodia compartida por parte de ambos progenitores es el criterio preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, en orden al desarrollo de la personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin...”. Por lo tanto, la Audiencia Provincial mantuvo el régimen de custodia compartida por las razones indicadas.

Siguiendo con las sentencias relativas a lactancia, la SAP de Zaragoza 188/2016, de 12 de abril se refiere a dos hermanas de 6 años y medio y 1 año y medio. En este caso, como la pequeña todavía seguía lactando se atribuyó la guarda y custodia a la madre, estableciéndose un régimen de visitas para el padre empezando primero para la pequeña

un régimen sin pernoctas y más adelante con ellas. La madre interpuso recurso de apelación para solicitar que ese régimen de visitas con pernocta fuera de manera progresiva y el padre solicitó la custodia compartida. La Audiencia Provincial indicó que “la doctrina del Tribunal Superior de Aragón en relación a la custodia compartida recogida en las sentencias de 01-02-2012 y 05-07-2012, indican expresamente que a) la custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia del 30 de septiembre de 2011); b) el sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al Juez; el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias antes citadas y Sentencia de 15 de diciembre de 2011); d) la adopción de la custodia compartida individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite frente al criterio preferente de la custodia compartida...”. Es por ello que la Audiencia, atendiendo a la edad de la menor (1 año y medio) y al principio de no separación de los hermanos, recogido en el art. 80.4 CFDA, además del dato relativo a la lactancia de la pequeña, indicó que las visitas con pernocta fueran a partir de que cumpliera los 2 años de edad, y cuando esta cumpliera los 3 años se pudiera plantear un régimen de custodia compartida. Esto significaría que el tribunal en este caso ve factible una custodia compartida después de verse finalizado el período de lactancia.

Por último, la SAP de Teruel 36/2020, de 4 de marzo se refiere a una menor de edad que tiene menos de 2 años, estableciendo primerio un régimen de custodia exclusiva para la madre con régimen de visitas sin pernoctas y después un régimen de custodia compartida cuando la niña cumpliera los 2 años de edad. La madre interpuso recurso de apelación solicitando que la custodia fuera exclusiva para la madre cuando la niña cumpla los 2 años debido a su corta edad y a que el padre no disponía de una habitación habilitada para ella en el hogar donde reside. El tribunal indicó que no hay razón alguna para desestimar una custodia compartida porque el padre de la menor no tenga una habitación habilitada para ella siendo la niña pequeña aún y no habiendo cumplido la edad estipulada para la compartida y tampoco es razón alguna para denegarla cuando la menor cumpla esa edad,

ya que habrá finalizado la lactancia materna y sería el mejor momento para establecerla atendiendo al interés de la menor.

Por lo tanto, vistas estas sentencias podemos indicar lo siguiente: cuando el menor o la menor estén todavía con lactancia materna, no se establecerá una custodia compartida. Se establecerá esa custodia cuando finalice ese período de lactancia, que dependerá del caso concreto.

Continuando con las distintas CCAA que regulación concreta sobre la custodia compartida, vamos a centrarnos ahora en la Comunidad de Cataluña. Inicialmente el Código de Familia Catalán<sup>16</sup> permitía adoptar la guardia y custodia compartida si los cónyuges cuando se separaban la acordaban en el convenio regulador y el juez la acordaba judicialmente<sup>17</sup>.

Posteriormente, la Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro Segundo del Código Civil Catalán introdujo una norma que indicaba que tras la separación, divorcio o nulidad de los cónyuges no se alteraba la situación de responsabilidad que tienen para con sus hijos e hijas menores, por lo que, en caso de no haber acuerdo entre ellos, el juez puede acordar sobre la guarda y custodia de aquéllos. El CCCat indica que la guarda y custodia compartidas es deseable para la armonía de la convivencia entre los progenitores con sus hijos debido al cambio que se produce tras la separación o divorcio, pero no indica que sea preferente, por lo que el juez deberá establecerla en base al interés del menor si no se indica en el plan de parentalidad porque los cónyuges lo hayan solicitado. Los artículos que hacen referencia a la guarda y custodia compartidas son el art. 233-8 que trata sobre la responsabilidad parental indicando que una vez que se produzca la nulidad, separación o divorcio las responsabilidades que tengan los progenitores para con sus hijos e hijas no se ve alterado por ese hecho, y es una responsabilidad compartida y ejercida conjuntamente, en la medida de lo posible. Estos tienen que presentar sus propuestas de plan de parentalidad sobre cómo se ejercerán esas responsabilidades y la autoridad judicial decidirá con base en lo aportado y al interés del menor. El contenido del plan de parentalidad debe contener lo dispuesto en el art. 233-9:

---

<sup>16</sup> Ley 9/1998, de 15 de julio.

<sup>17</sup> ALASCIO CARRASCO, L., MARIN GARCIA, L., “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, InDret, 3/2007. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/454\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/454_es.pdf). pp. 3 y 5.

- “a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos<sup>18</sup>”.

Aparte de lo mencionado anteriormente, hay que destacar que varias sentencias de los TSJ de Cataluña indican que la guarda y custodia es deseable que sea compartida siempre que las condiciones para ella sean adecuadas para establecerla porque “fomenta la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores, elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos, sin perjuicio de que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias concretas del supuesto examinado y siempre primando el interés del menor”<sup>19</sup>. También hay que indicar que el hecho de que la madre haya sido la cuidadora principal de los hijos menores no impide una custodia compartida si el padre ha empezado a involucrarse más en el cuidado de ellos como indica la STSJC 76/2016, de 28 de

---

<sup>18</sup> Art. 233-9.2 del Código Civil Catalán.

<sup>19</sup> STSJC 73/2016, de 28 de septiembre. También siguen por esa línea STSJC 52/2017, de 6 de noviembre; STSJC 21/2016, de 7 de abril; STSJC 77/2014, de 1 de diciembre; STSJC 35/2014, de 19 de mayo; y STSJC 38/2013, de 30 de mayo.

noviembre<sup>20</sup>. La corta edad del menor o la menor es obstáculo para conceder una custodia compartida debido a la situación de lactancia, pero a partir de los 3-4 años de edad se puede empezar a establecer la guarda y custodia compartida (STSJC 34/2017, de 20 de julio). En casos de violencia de género en los que los hijos y las hijas menores de edad hayan sido víctimas directas o indirectas se descarta la posibilidad de la guarda y custodia compartidas bastando que los haya presenciado o que los haya percibido sensorialmente de cualquier otro modo “de manera que el menor haya tomado conocimiento o adquirido conciencia de ellos por sí mismo, es decir, que haya sido expuesto de cualquier forma a dicho tipo de violencia, sin que en este sentido puedan excluirse a los menores de corta edad” (STSJC 29/2017, de 1 de junio)<sup>21</sup>.

Con respecto a los casos de menores de corta edad, vamos a analizar distintas sentencias relativas a la situación de lactancia del menor. Empezaremos con la SAP de Barcelona 355/2014, de 29 de mayo<sup>22</sup>. Aquí nos encontramos un caso de custodia a la madre del menor que tienen en común ella y su expareja. El padre no está de acuerdo con el fallo del Juzgado de Primera Instancia e interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial no le da la razón debido a que ha habido una custodia exclusiva tácita desde que él salió del domicilio en común. Además, el tribunal indica que “no hay inconveniente de edad salvo situaciones de lactancia y otras especiales”. No lo indica claramente, pero viene a decir que en casos de lactancia sí tendría relevancia la edad del menor para valorar la situación de custodia.

La siguiente sentencia del mismo año sería la SAP de Tarragona 100/2014, de 12 de marzo<sup>23</sup>. En este caso hablamos de la custodia de dos menores, uno mayor y otro más pequeño que todavía está lactando. Se establece un régimen de visitas que va en progresión conforme vaya creciendo el menor, que es cuando cumpla 1 año de edad, si bien la madre no está conforme con esa ampliación del régimen de visitas que tiene el padre. Lo que hizo el tribunal en este caso es establecer un régimen progresivo para equiparar ese régimen de visitas para que ambos menores pudieran disfrutar del tiempo con su padre en tiempos iguales, pero la madre en su recurso indicó que era muy precipitado y solicitaba que se alargase ese sistema progresivo hasta los 3 años. El tribunal indica que “es criterio de los tribunales fijar un tiempo más limitado en las visitas de niños

---

<sup>20</sup> Guía de Criterios de Actuación en Materia de Custodia Compartida..., ob. cit., p. 109.

<sup>21</sup> RJ/2017/6248.

<sup>22</sup> JUR/2014/178572.

<sup>23</sup> JUR/2014/115029.

de corta edad y se suele retrasar las estancias con pernocta hasta los dos años de edad...”, y también apunta que no es “solo por el tema de la lactancia sino por recomendaciones de la psicología infantil sobre la estabilidad que requiere el bebé y la vinculación que debe mantenerse en el primer período de la vida del niño”. También indica que el TSJ de Cataluña en Sentencia de 31 de julio de 2008 en un caso de custodia compartida de un niño de corta edad también existe este problema indicando “la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959 recuerda que, salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre”. El tribunal con gran acierto apunta que sería beneficioso para el menor empezar con esas visitas para desarrollar esa situación de normalidad y su hermano le ayudaría para conseguir esa adaptación.

Continuando, la SAP de Tarragona 137/2015, de 6 de marzo<sup>24</sup> viene a indicar la situación de un padre que solicita la custodia compartida de su hija en apelación porque el Juzgado de Primera Instancia concedió la custodia a la madre. Aquí el tribunal indica que “el interés de la menor, fundamentado en la vinculación con la madre por la lactancia por estabilidad, ha motivado la decisión de dejar la niña en convivencia con la madre, regulando un amplio régimen de visitas con el padre...”, “es adecuada la custodia establecida tanto por el tema de la lactancia como por recomendaciones de la psicología infantil sobre la estabilidad que requiere el bebé y la vinculación que debe mantenerse en el primer período de vida del niño”.

La siguiente sentencia a indicar es la SAP de Tarragona 354/2016, de 26 de julio<sup>25</sup>. Este caso trata de la concesión de la guarda y custodia compartidas de unas niñas que se concede a ambos progenitores a partir de que la menor de ellas cumpla los 3 años de edad. La madre no está de acuerdo con el fallo de la sentencia del juzgado de primera instancia e interpone recurso de apelación alegando que ese sistema no es el adecuado porque no hay buena comunicación entre ella y el padre de las menores, y que han estado con ella en la primera etapa de vida de la menor. La Audiencia en su sentencia menciona que la custodia compartida “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en

---

<sup>24</sup> JUR/2015/157774.

<sup>25</sup> JUR/2016/217091.

relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; y... en cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada que necesariamente deberá ser más compleja”. El tribunal observó que se cumplen los requisitos para una custodia compartida y que no hay un conflicto tan alto entre los progenitores que deba ser motivo para denegarla. Además, apunta que, aunque hayan estado con la madre, esto es debido a la corta edad de la mayor y el período de lactancia de la pequeña, no significa que se deba denegar una custodia compartida. Por lo tanto, el régimen progresivo que establece la sentencia de primera instancia es el adecuado para ambas. Además, no es relevante el dato de la lactancia de la menor porque “los informes obrantes consideran la edad de dos años como límite para prescindir de ello”.

La sentencia que vamos a indicar, que es de un Juzgado de Primera Instancia, se establece una custodia compartida de mutuo acuerdo. Esta sentencia que es de Tarragona y su número es 305/2018, de 21 de mayo<sup>26</sup>, viene a indicar la voluntad que tienen ambos progenitores en establecer una custodia compartida de los dos niños que tienen en común, pero el menor de ellos, que es lactante aún y tiene 5 meses de edad, estará bajo la custodia de la madre hasta que cumpla 1 año de edad, o, en palabras del juzgado “en tanto perdure la lactancia materna”, ya que consideran los progenitores que la situación del menor es la más beneficiosa para su interés.

La última sentencia con respecto a casos de lactancia es la SAP de Girona 368/2022, de 19 de mayo<sup>27</sup>. En este caso se establece una custodia compartida progresiva de un menor, estableciendo que hasta que cumpla los 3 años de edad estará unos días con la madre y con el padre otros días entre semana, estableciendo que los fines de semana serán alternos. Ya cuando cumpla los 3 años se establecerá una guarda y custodia compartida de semanas alternas. Se interpone recurso de apelación, la misma sentencia de la Audiencia Provincial indica que se estableció en medidas provisionales de mutuo acuerdo la guarda exclusiva a la madre y régimen de visitas al padre, y que posteriormente en la sentencia de primera instancia se estableció que ambos progenitores ostentarían la guarda y custodia. El tribunal indica en la sentencia que la custodia compartida no tiene que ser de tiempos igualitarios porque “no quiere decir que una semana el hijo esté con un padre y la otra semana con la madre, haciéndose cargo cada progenitor de sus necesidades durante el período de estancia” y además, “piénsese en niños de corta edad que necesitan

---

<sup>26</sup> JUR/2023/138993.

<sup>27</sup> JUR/2022/243863.

prácticamente un contacto diario con sus progenitores (por ejemplo, sería totalmente negativo para un niño de menos de un año, que estuviera sin su madre una semana)”. La madre ha estado cuidando del pequeño teniendo en cuenta su período de lactancia, pero que en el momento de dictar sentencia por la Audiencia ese argumento de seguimiento con la lactancia, que en este caso es a demanda, no justifica que el régimen deba ser exclusivo de la madre cuando esta trabaja, y que el menor cumplirá 4 años. Además, apunta que “si se desea seguir con esta costumbre del menor, siempre se puede acudir a la metodología por todos conocida para que Fidel, si así lo exige su bienestar, también pueda alimentarse de la leche materna durante las estancias con su padre...”. Sin embargo, esta técnica que menciona el tribunal es controvertida porque el método del “sacaleches” debería emplearse de forma voluntaria por la madre y no de manera obligada.

En tercer lugar, la siguiente CCAA a analizar es la comunidad foral de Navarra. En esta comunidad se regulaba las cuestiones de guarda y custodia compartida en caso de ruptura de la convivencia conyugal de los progenitores en la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo. Es ley tuvo el propósito de paliar aquellas deficiencias que tenía y tiene a día de hoy el Código Civil en materia de custodia compartida, indicándose que cuando no hubiera acuerdo se atendiese al interés del menor y a la igualdad de los progenitores<sup>28</sup>. Aunque esta norma tuviera una finalidad plausible para regular sobre esta cuestión, en realidad dejaba en manos de la autoridad judicial la decisión de establecer qué tipo de custodia se establecerá en cada caso concreto.

La Ley 3/2011, de 17 de marzo, fue derogada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril. Esta norma no cambia nada en cuanto a la finalidad de la antigua norma, por lo que continúa estableciendo que será la autoridad judicial quien establecerá el tipo de custodia en caso de desacuerdo de los progenitores, siempre atendiendo al interés del menor y a la igualdad entre estos<sup>29</sup>.

En este caso destaca la SAP de Navarra 872/2020, de 26 de noviembre. El padre del menor interpuso una demanda solicitando la custodia compartida cuando el niño dejase la lactancia, pero la madre se opuso indicando en sus pretensiones que el padre no podía atender adecuadamente del niño, que era muy pequeño aún y que todavía estaba lactando

---

<sup>28</sup> DELGADO SAEZ, J., “La guardia y custodia compartida...”, ob. cit., p. 53.

<sup>29</sup> Ley 70 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

por lo que solicitó que el régimen fuese de custodia exclusiva para ella con un amplio régimen de visitas para el padre por los motivos indicados. El juzgado de primera instancia concedió el régimen solicitado por la progenitora. El padre al no habersele concedido la custodia compartida interpuso recurso de apelación pidiendo la atribución de la guarda y custodia a ambos progenitores y no solo a la madre. La sentencia de la Audiencia Provincial indicó que había habido cambios sustanciales desde que se inició el procedimiento en primera instancia hasta que se dictó sentencia. Esos cambios eran que el niño no era lactante y que iba a empezar su etapa de escolarización, además el niño iba a cumplir la edad de 4 años. El juez de primera instancia tuvo en cuenta la situación del menor siendo lactante por lo que se le atribuyó la guarda y custodia exclusiva a su madre, pero en el momento de observar las circunstancias actuales por la Audiencia se vio que el menor tiene casi 4 años y que los padres pueden hacerse cargo por igual de él, por lo que se concedió la pretensión del padre y se estableció la custodia a ambos progenitores.

Podemos observar en esta sentencia que no se concede la custodia compartida cuando un menor es lactante aún, pero una vez que se ha superado, esa barrera ya no existe y se valorarán otras circunstancias como que los progenitores estén capacitados para el cuidado del menor.

Terminando con este análisis concluiremos con la CCAA del País Vasco. Esta Comunidad regula la guarda y custodia compartida en la Ley 7/2015, de 30 de junio. Esta norma en la Exposición de Motivos indica la custodia compartida “como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio...” y “siempre velando por el interés superior de los y las menores”. Para conseguir ese interés la norma indica que se establecerá una serie de pactos tras la ruptura de los progenitores, esos pactos se tienen que indicar en un Convenio Regulador que se podrá presentar de mutuo acuerdo o cada progenitor por su lado. El contenido de ese Convenio es muy similar al Plan de Parentalidad que indica la normativa catalana<sup>30</sup>. La normativa vasca establece la posibilidad de la mediación familiar de forma voluntaria para que acudan los progenitores para solucionar sus discrepancias sobre el régimen de custodia (art. 6). En cuanto a la materia concreta, regula que la autoridad judicial, en caso de discrepancias entre los progenitores, establecerá el tipo de custodia que considere atendiendo al interés de los y las menores.

---

<sup>30</sup> Arts. 4 y 5 de la Ley 7/2015, de 30 de junio.

Siguiendo el hilo de las anteriores CCAA, seguimos con esta CCAA comentando algunas sentencias sobre la cuestión de la lactancia. La SAP de Vizcaya 147/2015, de 13 de marzo<sup>31</sup> trata del caso de la custodia compartida de dos menores de edad, uno de ellos todavía es lactante. La sentencia del juzgado de primera instancia indicó que la guarda y custodia sería compartida para el hijo que no está lactando y para el menor de los dos estableció un régimen de visitas para el padre teniendo la custodia la madre. La madre no estaba de acuerdo con el fallo de la sentencia y recurrió en apelación solicitando la guarda y custodia exclusiva de los dos menores con un régimen de visitas al padre hasta que el menor lactante cumpliera los 3 años de edad. La Audiencia Provincial desestimó su recurso indicando que la lactancia no es obstáculo para denegar una guarda y custodia compartidas, porque el niño cumplirá un año de edad y a partir de los 6 meses la lactancia es complementaria cuando se mantiene, además de la reincorporación de la madre a su lugar de trabajo, que no ofrece la posibilidad de seguir con el mismo régimen de lactancia como cuando el menor tenía pocos meses de edad.

La siguiente sentencia sería la SAP de Guipúzcoa 23/2017, de 6 de febrero<sup>32</sup>. En este caso se atribuyó la guarda y custodia exclusiva a su madre debido a la situación de lactancia de la menor, habiendo un régimen progresivo de visitas hasta que la niña cumpliera los 2 años de edad. El padre, no conforme con la sentencia del juzgado de primera instancia, interpuso recurso de apelación solicitando la guarda y custodia compartidas por semanas alternas, solicitando también de manera subsidiaria que si la lactancia de la menor podía ser un obstáculo, que se estableciera un límite temporal de hasta los dos años para que después se estableciera una custodia compartida. Indicó también en su escrito que la lactancia de la menor era un pretexto para oponerse a la custodia compartida porque la menor con 5 meses de edad tomaba ya otros alimentos y con 6 meses podía estar varias horas sin lactar. El tribunal le denegó su solicitud indicando que se ha acreditado que la menor todavía seguía siendo lactante y que la madre aun trabajando tenía un derecho reconocido en su lugar de trabajo para darle el pecho a su hija cuando lo necesitase. También indicó la sentencia que una vez superada la lactancia se podía establecer una custodia compartida si las condiciones son proclives para ello.

---

<sup>31</sup> JUR/2015/132095.

<sup>32</sup> JUR/2017/114013.

La última sentencia a analizar con relación a esta CCAA y al tema de lactancia es la SAP de Guipúzcoa 174/2021, de 5 de febrero<sup>33</sup>. En este caso concreto se trataba de un menor lactante que estaba escolarizado. En primera instancia se concedió la guarda y custodia exclusivas a la madre hasta el 1 de octubre de 2020 que empezaría a ser una custodia compartida estableciéndose un régimen progresivo de visitas al padre hasta que se pudiera establecer el régimen indicado. La madre del niño no estaba de acuerdo con el fallo de la sentencia de instancia e interpuso recurso de apelación solicitando la guarda y custodia exclusivas ejercidas por ella con un régimen de visitas para el padre alegando que el menor es lactante aún. La sentencia de la Audiencia Provincial indicó que, aunque el menor era lactante, tenía sentido que se estableciera una custodia compartida una vez que el niño comenzara su etapa en el colegio, y además el menor ya había superado los dos años de edad.

Para terminar este punto, tenemos que hacer un inciso a la normativa valenciana, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, actualmente derogada. Lo más destacable de esta norma era el art. 5, que indicaba, como norma general, que la autoridad judicial, en caso de discrepancias de los progenitores en torno a la custodia para sus hijos e hijas, podía establecer la custodia compartida. Por lo tanto, se establecía como norma general la custodia compartida y como excepción la individual. Esta norma fue suspendida el 4 de julio de 2011 por un recurso de inconstitucionalidad del presidente del Gobierno indicando que iba en contra del art. 161.2 CE porque la norma valenciana “excedía de las competencias sobre conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano y vulneraba la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil”. Se volvió aplicar la norma después de levantarse la suspensión a partir del 22 de noviembre de 2011, pero fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de noviembre de 2016.

#### *b) Criterio del Tribunal Supremo*

Hemos visto cómo regula la custodia compartida el Código Civil y también las distintas CCAA con Derecho Foral autonómico, por lo que nos quedaría ver ahora cómo plantea el Tribunal Supremo sobre este tema y qué jurisprudencia establece al respecto.

---

<sup>33</sup> JUR/2021/207481.

Antes de comenzar a comentar la famosa sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril, empezaremos a comentar otras sentencias que resultan de interés para poder explicar el criterio que sigue el Alto Tribunal.

Previamente debemos tener en cuenta para hablar sobre el interés del menor las normas internacionales relativas a este tema, tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990<sup>34</sup>, la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>35</sup> y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>36</sup>, de Protección Jurídica del menor. Según la STS 614/2009, de 28 de septiembre<sup>37</sup>, “la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público”, por lo que las autoridades judiciales tendrán que tener en cuenta todo aquello relacionado con los menores, y enlazando con la STC 141/2000, de 29 de mayo, califica este estatuto como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, por lo que no es materia disponible para las partes de un procedimiento judicial y los menores ostentan sus propios derechos, por lo que la autoridad judicial que se encargue del caso concreto tendrá que tener en cuenta el interés de los y las menores de edad en los procedimientos judiciales de guarda y custodia de estos.

Avanzando con este estudio, hay que mencionar la STS 94/2010, de 11 de marzo<sup>38</sup>, que en sus Fundamentos de Derecho comenta que en el caso concreto no debe denegarse una custodia compartida como indicó la sentencia de la SAP de la sección 4º de Oviedo de 2 de noviembre de 2007 por implicar una “deslocalización” de los niños cuando “esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda”. También comenta la sentencia que la guarda y custodia compartida no debe ser un castigo o un premio para aquel progenitor que haya tenido un comportamiento ejemplar durante la ruptura conyugal y en el caso concreto no debe denegarse como castigo porque la madre abandonó el domicilio familiar, sino que se tienen que seguir unos criterios con base en el interés del menor.

La STS 229/2012, de 19 de abril<sup>39</sup> hace mención a cuando un juez puede conceder una custodia compartida. El caso concreto de esta sentencia trata de una pareja que se separó

---

<sup>34</sup> RCL 1990/2712.

<sup>35</sup> Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio.

<sup>36</sup> RCL 1996/145.

<sup>37</sup> RJ/2009/7257.

<sup>38</sup> PROV 2008/78255.

<sup>39</sup> RJ/2012/5909.

y en un convenio regulador de mutuo acuerdo se otorgó la custodia exclusiva a la madre, pero el padre interpuso demanda para solicitar el divorcio y cada una de las partes solicitó la custodia exclusiva de la hija en común sin mencionar ninguno de los dos que estarían dispuestos a una custodia compartida. La sentencia del Alto Tribunal denegó una custodia compartida porque no se pidió por ninguna de las dos partes durante todo el procedimiento, ya que “un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores”, que es una medida excepcional y no es posible aplicarla en esos momentos para el beneficio de la menor y al tratarse de una modificación de medidas no hay razones para que se produzca el cambio de custodia, por lo que ostentará la custodia exclusiva la madre, como se estableció en un primer momento en el convenio regulador cuando los progenitores se separaron.

Ahora vamos a comentar una de las sentencias del Alto Tribunal que sentó doctrina en cuanto a la custodia compartida. Esta sentencia es la STS 257/2013, de 29 de abril<sup>40</sup>. En este caso ambos cónyuges pidieron para sí que se le atribuyese la guarda y custodia de la hija menor que tienen en común, por lo que ninguno se interesó en la posibilidad de la guarda y custodia compartida, menos el Ministerio Fiscal, que se mantuvo favorable a este régimen indicando en su informe que no se oponía a un régimen de guarda y custodia compartida. Se concedió la guarda y custodia de la hija en común al padre en primera instancia, la madre recurrió en apelación y la Audiencia Provincial indicó en su sentencia que desestima el recurso. Según el Alto Tribunal está de acuerdo con este régimen porque “resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”. Aunque el Tribunal Supremo en esta sentencia está de acuerdo con la custodia compartida, no puede acordarla porque según el art. 92 CC solo hay dos posibilidades de acordar la guarda y custodia compartidas: pidiéndola ambos cónyuges (párrafo 5 del artículo) o uno de los cónyuges (párrafo 8). Al no darse ninguno de los dos casos, a pesar del informe favorable del Ministerio (que se declaró inconstitucional por el Tribunal Constitucional que el informe sea vinculante para la decisión del juez en los procedimientos de guarda y custodia), no se permite aplicar dicho régimen porque los progenitores no solicitaron la medida

---

<sup>40</sup> RJ/2013/3269.

conforme a los artículos 92.5 y 92.8 CC. El Alto Tribunal indica que “la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. Por tanto, en esta sentencia se sienta doctrina jurisprudencial indicando que “se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92,5,6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada”.

La STS 400/2016, de 15 de junio<sup>41</sup> va en la misma línea que la sentencia anterior. En este caso hablamos de una custodia exclusiva concedida al padre de la menor en primera instancia con régimen de visitas para la madre. Se recurrió en apelación esa sentencia por la madre solicitando la custodia exclusiva para sí, pero la Audiencia Provincial estableció que para el interés de la menor lo mejor sería una custodia compartida. Esta sentencia del Tribunal Supremo sigue la línea de la sentencia 257/2013, del 29 de abril, por lo que establece que, si no hay petición de parte, no se puede establecer una custodia compartida, aunque esta opción fuese la más beneficiosa para el interés del menor.

No obstante, la STS 437/2022, de 31 de mayo<sup>42</sup>, establece una custodia compartida indicando que no se vulneraría el art. 92 CC debido a un desarrollo similar al de la custodia compartida sobre el modo de repartirse el tiempo de pasar con el menor. En este caso concreto, se estableció una custodia compartida en primera instancia, aunque cada una de las partes solicitó la exclusiva de su hijo menor. La segunda instancia vino a indicar lo mismo, que no observó ningún inconveniente para que se ejercitase una custodia compartida. La madre del menor interpuso recurso de casación indicando que se vulneraba el art. 92.5 y 92.8 CC debido a que no se solicitó la custodia compartida por ambos o alguna de las partes y que es reiterada jurisprudencia del Supremo que para que

---

<sup>41</sup> RJ/2016/2780.

<sup>42</sup> RJ/2022/2864.

se conceda debe solicitarla al menos uno de los progenitores. La sentencia indicó que el juzgador no estableció una custodia compartida basándose ni en la opinión del Ministerio Fiscal ni porque sea lo mejor para el menor, sino porque “en la actualidad de hecho se está llevando a cabo un sistema de guarda y custodia compartida con fines de semana alternos de viernes a lunes más los martes y jueves con pernocta las semanas que los fines de semana el menor no está con el padre y con visitas las semanas que los fines de semana el menor si lo pasa con el padre, no habiéndose aportado elemento probatorio alguno de que ello no haya resultado adecuado para el menor”. Por lo tanto, “la forma de desarrollarse el régimen es equivalente a una custodia compartida”. Por último, indica el Alto Tribunal que no se vulnera el art. 92 CC adoptando la custodia compartida sin solicitud de alguno de los progenitores ni tampoco iría contraria a la doctrina del tribunal porque se ha desarrollado un régimen igualitario en tiempo y funciones al de una custodia compartida.

En cuanto al tema de la lactancia, estudiadas ciertos autos relativos a este tema en cuestión como pueden ser los autos del TS de 1 de marzo de 2017<sup>43</sup>, de 15 de febrero de 2017<sup>44</sup>, y el auto de 24 de mayo de 2017<sup>45</sup> se observa cómo indican claramente que una vez superada la lactancia materna no hay inconvenientes para establecer una guarda y custodia compartidas siempre que se reúnan ciertos requisitos para establecerla y siempre atendiendo al interés del menor.

### *c) Modalidades de Custodia Compartida*

Al empezar este epígrafe tenemos que indicar que el Código Civil regula la custodia compartida en el artículo 92.5, pero no indica en modo alguno el tiempo de reparto que va a compartir el menor o la menor con sus progenitores, ni tampoco en qué domicilio tendrían que vivir, aunque del término compartida se pueda sobrentender que serán tiempos iguales. Esto no es así, y se irá viendo a lo largo de la explicación de este epígrafe. Por lo tanto, para saber cuál será el reparto de tiempo o cómo se ejercerá la custodia

---

<sup>43</sup> JUR/2017/55081.

<sup>44</sup> JUR/2017/43155.

<sup>45</sup> JUR/2017/133984.

compartida por los progenitores tendremos que ir a la sentencia del juzgado o tribunal que la otorgue, siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

Empezaremos a tratar una modalidad de custodia compartida en el que los padres se alternan para convivir con sus hijos o hijas sin que ellos tengan que cambiar de domicilio. Los tribunales toman en cuenta “la permanencia constante de los hijos en la vivienda familiar y consiguiente alternancia de los progenitores en su uso”<sup>46</sup>, esta modalidad se llama casa-nido, que vamos a analizar a continuación.

¿Cómo se organizan los progenitores en este sistema de custodia compartida casa-nido? Esta modalidad se centra principalmente en la permanencia de los hijos menores de edad en el domicilio donde han residido, teniendo los padres que intercambiarse cada semana, normalmente, viviendo en ese domicilio la semana que tienen la custodia de sus hijos y la semana que no tienen que estar residiendo en otro domicilio. No es una modalidad que a medio y largo plazo sea beneficiosa para los hijos y los progenitores, está más bien pensado para momentos puntuales y en tiempos cortos, aunque los tribunales lo acuerdan pensando que el interés de los menores es evitarles la trashumancia<sup>47</sup>. Sin embargo, este modelo de custodia compartida no es el adecuado debido a que es fuente de conflictos entre los progenitores, y eso a su vez les repercute a los hijos. Entre esos conflictos se encuentran los relativos a la de mantener tres viviendas, enfrentamientos entre los progenitores por la conservación y la limpieza del hogar, problemas con posteriores parejas que a su vez puede ocasionar que tengan otros hijos. En definitiva, desde nuestro punto de vista este sistema no es el más adecuado de establecer en caso de custodia compartida.

Lo más común que suelen indicar los tribunales es establecer una custodia compartida con alternancia por semanas. Los progenitores se van alternando cada semana para estar con sus hijos, en algunos casos se establece que el progenitor que le toque una semana recoge a sus hijos en el domicilio del otro los domingos por la tarde, en otros casos desde el lunes después de terminar su jornada en el colegio hasta el lunes siguiente, que el otro progenitor le recoge a la salida del centro escolar y en caso de festivos, en el domicilio del padre o madre. Un ejemplo de este tipo de custodia es la STSJ de Cataluña 88/2016,

---

<sup>46</sup> MARTINEZ DIAZ, A., “Comentarios al Código Civil”, ob. cit. p. 950.

<sup>47</sup> DOMINGO MONFORTE, J. “Custodia y nido compartido: todo cambia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 891/2014. Editorial Aranzadi S.A.U. Cizur Menor 2014.

de 3 de noviembre<sup>48</sup>, que establece el siguiente régimen de custodia para la hija en común de ambos: “Las estancias de la menor con cada progenitor se realizarán durante semanas alternas con entregas y recogidas de domingo a domingo a las 20 horas, teniendo el progenitor no custodio durante aquella semana que no le corresponda su guarda y custodia si es la madre un día intersemanal (los jueves) y si es el padre (los miércoles) desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Caso de coincidir alguno de los citados días en festivo se trasladará al anterior laboral; con mantenimiento de los períodos de las vacaciones escolares de Navidad, Semana santa y períodos estivales que se fijan en la sentencia recurrida”.

Otra modalidad que se suele aplicar cuando los menores son de corta edad es establecer una custodia compartida de menos tiempo de estancia con sus progenitores, sobre todo cuando todavía son lactantes aún o les queda muy poco para finalizar esa etapa siendo la lactancia complementaria o a demanda. Este tipo de custodia compartida se desarrollaría de la siguiente manera: el progenitor custodio estaría con el niño o la niña durante el fin de semana, o durante dos o tres días entre semana teniendo la madre o el padre un régimen de visitas esa semana, sobre todo más por la madre si todavía sigue el período de lactancia, así se evitaría cortarla de raíz y se iría dejando paulatinamente. En este sentido, la SAP de Vizcaya 545/2015, de 13 de marzo<sup>49</sup>, viene a ratificar lo establecido en la sentencia del Juzgado de Instancia e Instrucción nº 2 de Getxo, que estableció una custodia compartida para los dos menores de corta edad, pero como uno de ellos tenía menos de un año de edad se estableció un régimen progresivo indicando en el primer período un régimen de custodia exclusiva a la madre, teniendo un régimen de visitas para el padre todos los martes, jueves y sábados de 16:00 a 19:00 horas de la tarde, y en el segundo período, que sería desde el 7 de enero, se establecería la custodia compartida por semanas igual que la que tenía su hermano.

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca introdujo una modalidad de custodia compartida que es progresiva y se aplicaría en aquellos casos en el que la edad del menor fuera un factor a tener en cuenta, sobre todo si tiene muy corta edad y es lactante. Se trata de la sentencia es la SAP de Salamanca 569/2019, de 25 de septiembre<sup>50</sup>. En este caso se estableció en la sentencia del juzgado de instancia un

---

<sup>48</sup> RJ2016\6428.

<sup>49</sup> ECLI:ES:APBI:2015:545.

<sup>50</sup> ECLI:ES:APSA:2019:569.

régimen progresivo teniendo en cuenta la edad de uno de los menores, que es de corta edad. Para los tres primeros meses desde la sentencia se estableció el régimen de custodia exclusiva a la madre teniendo un régimen de visitas el padre pudiendo verles los miércoles por la tarde desde la salida del colegio o centro infantil hasta las 19:30 horas de esa tarde, además de tener los fines de semana alternos desde el viernes cuando salieran del centro hasta el domingo a las 19:30 horas. Transcurridos esos tres meses se empezó a establecer una custodia compartida en la que por semanas alternas los progenitores se iban turnando, siendo de viernes a viernes, teniendo derecho de visita el progenitor no custodio de esa semana los martes y jueves. En vacaciones indicó la sentencia que se estaría a lo previsto en el calendario académico de Castilla y León. En cuanto a Semana Santa, Navidades y verano se establecía de la siguiente manera: en Semana Santa se estaría a lo previsto en la Junta y se abarcaría todas las festividades estableciendo dos períodos, desde el viernes de Dolores a la salida del colegio o escuela infantil hasta Miércoles Santo a las 19:30 horas, y el segundo período sería desde Miércoles Santo a la hora indicada anteriormente hasta que empezaran otra vez las clases que tendría la guarda y custodia el otro progenitor. En Navidad sería un sistema parecido al anterior estableciéndose dos periodos, el primero desde que finalizaran las clases a la salida del centro hasta el día 30 de diciembre a las 19:30 horas, y el segundo desde ese día hasta que se reanudasen las clases. Por último, el verano se establecía por semanas alternas desde el 1 de Julio hasta el 31 de agosto a las 20:00 horas. Cuando uno de los menores cumpliera 6 años de edad, se establecería una custodia compartida ordinaria con el único cambio del régimen de visitas que cambiaría y se establecería un único día de la semana para el progenitor no custodio. En vacaciones la entrega será a las 20:00, salvo en verano que será a las 21:00 horas, además de alargarse los períodos siendo quincenales y no alternancia semanal.

La madre no estuvo de acuerdo con el fallo de la sentencia de instancia en cuanto a la custodia compartida e interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial consideró que el Juzgado de Instancia estuvo acertado con el fallo de la sentencia y atendió el interés del menor como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, indicando en la sentencia que el obstáculo de la corta edad de los menores “ha sido salvado correctamente en la sentencia apelada mediante la progresiva introducción de los niños en la guarda y custodia compartida, sin que la pernocta ni la corta edad sean ningún obstáculo para este cuidado compartido”.

Como último apunte, nos gustaría insistir en que la custodia compartida no significa una custodia con reparto igualitario, se puede establecer con reparto desigual siempre y cuando los deberes y obligaciones de cada progenitor con sus hijos sea igualitario, como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2016, señalando que “la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, así lo establece nuestro CCCat, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres, por lo que la denominada guarda compartida no exigirá siempre un reparto igualitario del tiempo de convivencia”. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 de abril de 2016 sigue la misma línea indicando que “el establecimiento de un sistema de custodia compartida, no comporta necesariamente un reparto igualitario de los tiempos de estancia en régimen ordinario [...]. El mismo se ha de adecuar a la protección del superior interés de las personas menores de edad”. Y en la misma línea también sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, anteriormente citada, indicando que en la guarda y custodia compartidas “lo esencial no es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sino que se trata de un reparto equitativo referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales”. En definitiva, no existe ninguna modalidad buena o mala, todas tienen sus ventajas e inconvenientes, por lo que habría que ir caso por caso observando las circunstancias individuales de cada familia para saber qué reparto de tiempo en custodia compartida sería el más adecuado con base en el interés del menor.

## **5. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASOS CON MENORES LACTANTES**

### **5.1 SITUACIÓN DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO CUANDO HAY MENORES LACTANTES**

La situación de la custodia compartida en los casos de lactancia no se suele contemplar cuando el menor tiene meses de vida aún y su alimento se basa principalmente en la lactancia materna. Lo que sí están estableciendo los juzgados y tribunales es establecer regímenes progresivos en los que se empieza con regímenes de visita sin pernoctas, luego con pernoctas y acabar en una custodia compartida para así ir habituando al niño o la niña

a esa situación sin que le pueda perjudicar, ya que hay que recordar que los tribunales tienen que tener en cuenta el interés de los menores cuando les viene un caso de separación o divorcio con niños menores de edad.

¿A qué edad los juzgados están estableciendo una custodia compartida cuando el menor es lactante aún? Cuando el niño o la niña cumplan un año y medio de edad o dos años, justo la fecha que normalmente empiezan acudir a las escuelas infantiles, aunque tendremos que estar al caso concreto porque dependiendo de las circunstancias de los progenitores y del niño o la niña se podrá establecer una custodia compartida cuando tenga pocos meses de vida o cuando sea más mayor y esté acudiendo a una escuela infantil.

Antes de empezar a entrar en materia con las problemáticas que pueden surgir en caso de menores de corta edad, tenemos que tener en cuenta que los Juzgados y Tribunales antes de establecer una custodia compartida tienen en cuenta los siguientes criterios:

1. La opinión o los deseos manifestados por el menor
2. La edad de los menores
3. El número de hijos
4. Las aptitudes personales de los progenitores referidas a la capacidad de cuidado de los hijos y su dedicación pasada a la familia
5. Arraigo familiar o vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores
6. Las relaciones personales entre los progenitores
7. La proximidad de los domicilios de los progenitores
8. La conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores
9. El resultado de los informes técnicos exigidos legalmente
10. No separar a los hermanos

Estos criterios se han ido recopilando a lo largo de las diferentes sentencias del Tribunal Supremo como la STS de 8 de octubre de 2009<sup>51</sup>, la STS de 10 de marzo de 2010<sup>52</sup>, STS

---

<sup>51</sup> RJ/2009/4606.

<sup>52</sup> RJ/2010/2329.

de 11 de marzo de 2010<sup>53</sup> o la STS de 1 de octubre de 2010<sup>54</sup>. También hace mención de estos criterios la Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida del Consejo General del Poder Judicial citada anteriormente.

Se puede observar en distintas sentencias que existe un mutuo acuerdo entre los progenitores de establecer una custodia exclusiva a la madre debido al motivo de la lactancia del hijo o la hija común de ambos, como puede observarse en la STS 124/2019, de 26 de febrero<sup>55</sup> que, resumiendo los antecedentes, indica que existió un mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio estableciendo una custodia materna cuando el menor tenía 1 año de vida. Otra sentencia que puede observarse que existe un consenso para que un niño o una niña de muy corta edad continúe con su madre por la situación de lactancia es la STS 32/2019 de 17 de enero<sup>56</sup>, pero en este caso concreto “el demandado se opuso a que reconociera la custodia de la madre más allá del período de lactancia...” por lo que podemos deducir que el padre está de acuerdo en que la guarda y custodia de la hija de ambos la tenga la madre en esa primera etapa de su infancia que necesita la leche materna.

Sin embargo, hay tribunales que indican en sus sentencias que, una vez superado los primeros meses de vida del menor, empiezan las discrepancias entre progenitores, y el motivo de la lactancia se viene abajo y consideran oportuno establecer una custodia compartida o un régimen de visitas progresivo hasta terminar en una guarda y custodia compartida para que los y las menores no pierdan el vínculo con su padre. Además de esto, los padres suelen solicitar en los tribunales una custodia compartida y las madres son reticentes a ello porque consideran que sus hijos o hijas son muy pequeños o pequeñas aún y que todavía están lactando, argumento que suele venirse abajo cuando en la práctica de la prueba se observa que han empezado a trabajar y en esas horas los y las menores no están lactando, o también se observa que han comenzado el período de la escuela infantil, por lo que no requiere de tantas tomas de leche materna como suelen indicar las progenitoras.

La sentencia a comentar relativa a esas discrepancias entre progenitores es la SAP de Navarra 651/2020 de 21 de septiembre<sup>57</sup>. En este caso el Juzgado de primera instancia

---

<sup>53</sup> RJ/2010/2340.

<sup>54</sup> RJ/2010/7302.

<sup>55</sup> RJ/2019/631.

<sup>56</sup> RJ/2019/105.

<sup>57</sup> JUR/2021/29546.

acordó un régimen progresivo para un menor que en la fecha de la demanda instada por el progenitor no había nacido aún, consistente en una serie de períodos de adaptación para que el niño estuviera en compañía de su madre, debido al motivo biológico de la lactancia, y con su padre. Esos períodos se establecieron de la siguiente manera: hasta los 6 meses de edad el padre podría estar durante 4 días a la semana con su hijo en el horario de 16:00 a 18:00 horas y fines de semana alternos en el mismo horario; desde los 6 meses hasta el primer año de vida del niño el mismo horario pero ampliándose una hora más, es decir, desde las 16:00 hasta las 19:00 horas; desde el primer año ya se incluye las pernoctas en fines de semana alternos; y desde los 2 años se implantaría una custodia compartida de alternancia semanal, siendo en principio de lunes desde la salida de la guardería o cuando ya esté escolarizado hasta el siguiente lunes, y en caso de no estar el niño yendo a una escuela infantil será de domingo a domingo desde las 19:00 horas aplicándose este régimen hasta que cumpla 3 años el menor. La madre no está de acuerdo con el fallo del juzgado e interpone recurso de apelación indicando que el régimen de visitas es muy limitativo para ella porque no estaría tiempo con el niño y que a partir del año de vida del menor se incluya pernoctas es negativo para él porque sigue siendo lactante, el tribunal en este sentido indica en su sentencia que “al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, tal y como la misma refleja, el padre ya estaba viendo al hijo tres tardes por semana en horario vespertino, y ello no por consenso de la madre sino por imposición de ésta, circunstancias que ratifican por tanto esa flexibilidad para compatibilizar el horario laboral con las estancias con el hijo.” Además de esto se señala que “afirma la recurrente que la lactancia materna se mantendrá hasta ese primer año de vida”, por lo que no tiene sentido discutir por este motivo. Al igual pasaría con el régimen de custodia compartida que la progenitora disiente que sea el mejor régimen para el niño afirmando que no se sabrá cómo se organizará el padre para compatibilizar su trabajo con la custodia del niño, cosa que aseguró que al ser autónomo puede ser más flexible para gestionar su tiempo, además de que al establecerse un régimen progresivo ya se consigue esa normalización para que el niño se adapte a la situación sin perjudicarlo.

La siguiente sentencia trataría de un menor que ya está escolarizado y no se le podría denegar una custodia compartida al padre por ser lactante, según recoge la SAP de Madrid 1081/2019 de 17 de diciembre<sup>58</sup>. En este caso concreto se trata de un niño lactante que nació en 2016 a quien le concedieron su custodia a la madre por el motivo de estar

---

<sup>58</sup> JUR/2020/99596.

lactando. Se establece un régimen progresivo de visitas que se establece en dos períodos: uno en el que el progenitor estaría unas horas los fines de semana con su hijo sin pernoctas y el segundo período fines de semana alternos con pernoctas. El progenitor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando la guarda y custodia compartidas como indicó en su primera demanda alegando que el juzgado de instancia cometió un error en la valoración de la guarda y custodia compartida indicando que se denegaba esa situación por la edad del menor y la mala relación entre los progenitores. La Audiencia Provincial indica en la sentencia que no basta que exista una mala relación entre los progenitores porque es lo que ocurre en la mayoría de casos para denegar una custodia compartida, y en cuanto a la cuestión de la edad del menor “el hecho de que tenga determinada edad no necesariamente excluye que se pueda establecer con garantías un régimen de custodia compartida, según las circunstancias que en cada caso concurra” y “la lactancia podría llegar a constituir un obstáculo, asumiéndose por el propio demandante que no podría comenzar el régimen de custodia compartida hasta el mes de septiembre de 2018... dado el tiempo transcurrido, nos encontramos ya con un menor que ya tiene tres años de edad, estando ya escolarizado, y sin que exista ningún obstáculo derivado de su edad que pudiera entorpecer la eficacia del régimen de custodia compartida”.

No obstante, no todos los tribunales están a favor de establecer una custodia compartida una vez haya transcurrido esos primeros meses de vida del menor o de la menor por considerar aún el régimen de custodia exclusiva a las madres es el más adecuado para los niños y las niñas de corta edad. La sentencia a comentar es la SAP de Zaragoza 171/2019 de 6 de mayo<sup>59</sup>. En este caso se concedió la custodia exclusiva a la madre estableciéndose un régimen de visitas progresivo al padre consistente en visitas sin pernocta hasta el 1 de noviembre de 2018, desde el 1 de noviembre el padre podrá estar con la niña los fines de semana alternos, de sábado a domingo, con pernocta, y desde que es escolarizada ese régimen se ampliará siendo desde el viernes a la salida del centro hasta el domingo. Además, el padre tendrá derecho a visitas intersemanales los martes y jueves por la tarde. Ambos progenitores interponen recurso de apelación por no estar de acuerdo con la sentencia de primera instancia, la madre alegó que no estaba de acuerdo con las visitas con pernocta debido a la edad de la niña (13 meses) y el padre solicita que se establezca un régimen de custodia compartida desde la escolarización de la niña, también en caso de

---

<sup>59</sup> JUR/2019/186026.

denegarse esa custodia, pide que se establezca el régimen de visitas establecido para cuando esté escolarizada la niña. La Audiencia Provincial indica en su sentencia que no puede estimar los recursos de los progenitores indicando que la niña teniendo un año de edad lo más adecuado es que continúe con la madre porque “teniendo en cuenta las circunstancias familiares expuestas, esto es, la edad y el momento evolutivo de la niña, la mayor disponibilidad de la progenitora para hacerse cargo de su cuidado y su disposición para promover las relaciones familiares, considero que lo mejor para Zaira, en la actualidad, sería permanecer con su madre y mantener la mayor estabilidad posible en sus condiciones cotidianas de vida” siendo satisfactorio el régimen de visitas que tiene el progenitor con la niña. En cuanto al régimen de visitas, lo más adecuado y aconsejable para la menor es “que se relacione con su padre mediante un sistema progresivo”. Por último, la Audiencia da la posibilidad de que una vez escolarizada la niña puede valorarse el cambio de régimen estudiando de nuevo el caso. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Ciudad Real 192/2014 de 9 de septiembre<sup>60</sup>.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real denegó la petición de custodia compartida solicitada por el progenitor alegando que “efectivamente dada la edad de la menor y su dependencia alimenticia de su progenitora al estar disfrutando de lactancia materna, con los beneficios alimenticios, de salud y de desarrollo afectivo que ello genera, ello es causa más que suficiente para no considerar procedente el establecimiento de dicho régimen de custodia, el que aun no siendo en caso de desacuerdo de los progenitores totalmente excepcional, tampoco cabe desconocer la realidad de las cosas y la imposibilidad de su acogimiento en supuestos similares al presente en los que el favor filii se vería claramente mermado al privársele o condicionarse severamente la lactancia materna con la instauración de la custodia compartida”, abriendo la misma posibilidad de estudiar establecer una custodia compartida cuando las circunstancias cambien como en el caso comentado anteriormente.

## 5.2 PROBLEMÁTICAS ACTUALES

### *a) Lactancia prolongada*

Ya hemos visto qué suelen indicar los tribunales en cuanto a guarda y custodia cuando hay una separación o divorcio y existen menores de corta edad, que suele conceder una

---

<sup>60</sup> JUR/2014/262585.

custodia compartida cuando el niño o la niña han superado los primeros meses de vida y la lactancia no es su único alimento.

¿Pero qué ocurre si esa lactancia de la que hemos hablado se alarga en el tiempo? La lactancia materna tiene unos beneficios inmunológicos para los niños y las niñas, según está constatado por la Asociación Española de Pediatría y la Organización Mundial de la salud, que no se pueden rebatir, por lo que se recomienda dar leche materna hasta los 12-24 meses, y tras el transcurso de ese tiempo lo que quieran la madre y el niño o la niña. También hay que indicar que no se ha demostrado que existan riesgos para aquellos niños y niñas que sigan tomando leche materna siendo más mayores<sup>61</sup>. No obstante, aunque la lactancia materna sea beneficiosa para los y las menores los tribunales no son proclives a denegar una custodia compartida por el motivo de que esos o esas menores sigan tomando leche materna más allá de la edad recomendada si las circunstancias son favorables y los padres están capacitados para el cuidado y la atención de sus hijos o hijas menores de edad, ya que en el caso contrario estarían yendo en contra del interés del menor, que no es otro que seguir en contacto con sus progenitores para poder desarrollar su personalidad de manera sana y adecuada.

La sentencia de la SAP de Asturias 176/2020 de 28 de enero<sup>62</sup> es un caso en el que se concedió en el Juzgado de Primera Instancia la guarda y custodia del niño, Bartolomé, a su madre con un derecho de visitas al padre, que solicitó en su demanda la atribución de la custodia compartida y el juzgado rechazó por la corta edad del niño. El progenitor no estuvo de acuerdo con el fallo del juzgado e interpuso recurso de apelación alegando lo mismo que en la demanda reconvencional de primera instancia. La Audiencia Provincial indica en su sentencia que no está de acuerdo con el juzgador a quo indicando que instaurará el régimen de custodia compartida. En la misma sentencia comenta que la lactancia no debe ser un impedimento para que el niño tenga relación también con su padre, señalando que “no proceden tampoco disquisiciones sobre la preferencia de la madre por una práctica indefinida a demanda del menor, lo decisivo es que semejante preferencia no puede operar como factor limitativo en la relación paterno-filial... pues

---

<sup>61</sup> GÓMEZ FDEZ-VEGUE, M., “La lactancia materna en niños mayores o prolongada”, Comité de Lactancia Materna de la AEP, 2015, Disponible en: <https://www.aeped.es/comite-nutricion-y-lactancia-materna/lactancia-materna/documentos/lactancia-materna-en-ninos-mayores-o>

<sup>62</sup> JUR/2020/105657.

también hay unas horas en las que la madre por su actividad laboral no puede estar en compañía del hijo”.

Otra sentencia que va en el mismo hilo que la anterior es la SAP de Barcelona 109/2020 de 19 de febrero<sup>63</sup>, en donde la madre solicita en el recurso de apelación que se cambie la custodia compartida a una exclusiva hasta que el menor deje de ser lactante. En este caso el Juzgado de Primera Instancia desestima la petición de la madre porque ya existía un acuerdo de custodia compartida entre los progenitores en el convenio regulador y no existía una modificación de las circunstancias para hacer esa modificación de medidas. La Audiencia Provincial sigue la misma medida que el juzgador a quo indicando en su sentencia que niega la petición de la madre a cambiar el régimen de custodia porque “la necesidad de la guarda exclusiva para que el menor siga la lactancia materna no supone un cambio ya que cuando las partes pactaron la custodia compartida el menor ya era lactante, que tiene ya tres años y no es imprescindible la lactancia materna para su desarrollo”. La madre alega en su recurso que la custodia exclusiva es lo mejor para el niño hasta que finalice la lactancia materna, y “lo fundamenta en consideraciones de la OMS sobre la conveniencia de dicha lactancia hasta los años o más”. Actualmente el niño tiene 5 años y el tribunal no considera que se deba denegar la guarda y custodia compartidas, y más si lo pactaron los progenitores en el convenio regulador. Además, apunta que “el menor ya tiene cinco años y acude al colegio, y no se ha acreditado ningún tipo de problema de salud en el mismo que exija la necesidad de lactancia materna.” También indica que, si se concediera la petición de la madre de custodia exclusiva por el motivo de lactancia materna, sí podría repercutir negativamente en las relaciones entre el hijo y el padre.

Por último, otra sentencia que conviene traer a colación es la SAP de Girona 368/2022 de 19 de mayo<sup>64</sup>, sentencia comentada anteriormente en el epígrafe de “Comunidades autónomas: regulación sobre la custodia compartida en territorios forales de España” , a propósito de la CCAA de Cataluña. Resumiendo esta sentencia, la Audiencia Provincial no está de acuerdo con lo solicitado por la madre, que pedía una custodia exclusiva debido a la lactancia materna que sigue manteniendo, y el tribunal indica que “tampoco justifica un régimen de custodia exclusiva a favor de la madre, cuando el menor, en palabras de la propia recurrente sigue con lactancia a demanda presencial, luego cuando la misma

---

<sup>63</sup> JUR/2020/83475.

<sup>64</sup> JUR/2022/243863.

trabaja (de 7 a 15:00 horas) no puede procurar la misma y, del mismo modo, no puede olvidarse la edad del menor, cuatro años cumplirá el próximo mes de junio” y que “si se desea seguir con esta costumbre del menor, siempre se puede acudir a la metodología por todos conocida para que Fidel, si así lo exige su bienestar, también pueda alimentarse de la leche materna durante las estancias con su padre, pues éste último se prestó a ello si el menor lo necesitara”.

*b) Existencia de otros hermanos del menor lactante*

El criterio de no separar a los hermanos es uno de los criterios que tienen en cuenta los tribunales a la hora de establecer una guarda y custodia compartidas, pero también se puede observar ese criterio en el Código Civil, en su artículo 92.5 del CC, indicando que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. Y en este sentido las diferentes leyes autonómicas también tratan este principio de no separación de los hermanos. El artículo 80.4 de CDFA trata este asunto como “salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos”, el artículo 233-11.2 del CCCat en este asunto establece que “en la atribución de la guarda, no se pueden separar los hermanos y las hermanas, a menos que las circunstancias lo justifiquen”, el artículo 70 de la CDCFN en el mismo sentido “salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos”, y el artículo 9.7 de la LRFPV indica lo siguiente: “salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y hermanas”.

Sobre este tema tenemos que referirnos a la SAP de Málaga 771/2017 de 28 de julio<sup>65</sup>. En esta sentencia se trata el caso de tres menores de corta edad, una de ellas lactante. El Juzgado de Primera Instancia atribuyó la guarda y custodia de los tres niños a la madre estableciéndose un régimen de visitas al padre para la hija y el hijo más mayores de fines de semana alternos y visitas intersemanales los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas, pero respecto a la otra hija en común, Amanda, que es lactante, se

---

<sup>65</sup> JUR/2018/75489.

estableció un régimen progresivo consistente en lo siguiente: hasta que cumpla los 2 años de edad, el padre podrá estar con ella los martes y jueves de 18 a 20:30 horas; cuando la niña deje de ser lactante, los sábados y domingos de 11 a 20:30 horas; y cuando cumpla los 2 años de edad, el régimen de visitas será el mismo que para sus dos hermanos. Los progenitores no estuvieron de acuerdo con el fallo de la sentencia e interpusieron recurso de apelación: la madre alegando que el régimen de visitas era muy amplio y los niños tienen unos horarios rutinarios que eran incompatibles con ese régimen establecido y solicitando que en el caso de Amanda que se establezca un único día de visitas y que en períodos vacacionales no haya pernoctas por ser esta lactante aún, y el padre solicitó la guarda y custodia de los hijos que se le atribuyese a él y en caso subsidiario la custodia compartida de los tres, y que con respecto a la hija pequeña, que se establezca un régimen progresivo de visitas intersemanales y fines de semana alternos hasta que cumpla los 18 meses de edad y se establezca un régimen de custodia compartida igual que al de los otros dos hermanos. La Audiencia Provincial desestimó las pretensiones de ambos progenitores indicando en la sentencia con respecto a la guarda y custodia compartidas de los tres menores que no ha lugar porque según el Juzgado de Primera Instancia “la modalidad de custodia compartida más beneficiosa para los tres menores es una guarda y custodia a favor de la madre” indicando además que “no podemos olvidar que Amanda tan solo tenía siete meses cuando se dictó la sentencia y resulta evidente los especiales cuidados y atenciones que tres menores de tan corta edad requieren, entre ellas la pequeña que se encontraba en período de lactancia, así como la necesidad e importancia de mantener la estabilidad y las rutinas de tres niños de tan corta edad”, y “de accederse a una guarda exclusiva al padre o compartida de sus otros dos hijos supondría separar a los hermanos vulnerando el mandato contenido en el artículo 92 del C. Civil”. Y en cuanto al régimen de visitas indica la sentencia que es el más adecuado para que sigan en contacto los niños con su padre y que se están efectuando dichas visitas con normalidad.

En la misma línea destaca la SAP de Zaragoza 188/2016 de 12 de abril<sup>66</sup> donde se solicita por parte del progenitor una guarda y custodia compartida de sus dos hijas menores, una de 6 años y medio y otra de año y medio. La Audiencia Provincial atendiendo al criterio de no separar a los hermanos establecido en el artículo 80.4 CDFA no establece dicho régimen ya que según la sentencia “cuando la menor alcance los tres años de edad, pueda plantearse un régimen de custodia compartida siempre que se cuente con informe pericial

---

<sup>66</sup> JUR\2016\107101.

favorable a dictaminar en su caso por el gabinete psicológico adscrito al Juzgado” y en este sentido teniendo en cuenta el período de lactancia de la menor y el criterio de no separación de los hermanos no se puede establecer ese régimen pedido por el progenitor.

No obstante, este criterio no se tiene en cuenta en aquellos casos en los que existen hermanos de vínculo simple porque los progenitores han tenido hijos de otros vínculos anteriores o forman una nueva familia con otras parejas y de éstos nuevos vínculos nacen otros hijos. En este sentido la SAP Murcia 58/2022 de 20 de enero<sup>67</sup>, en el que se establece un régimen progresivo debido a la corta edad de la hija en común y que es lactante, se da la custodia exclusiva a la madre por este motivo biológico y cuando empiece la niña el período lectivo se establecerá una custodia compartida. La Audiencia Provincial indica que ambos progenitores han formado nuevas familias y tienen un hijo cada uno de esos nuevos vínculos por lo que el tribunal desestima la pretensión de la madre y afirma que continúe la custodia compartida de la menor. En este caso podemos ver claramente que por el hecho de que un o una menor tenga nuevos hermanos no significa que se tenga que otorgar una custodia exclusiva a uno de los progenitores por el criterio de no separación de los hermanos cuando tiene otros hermanos y el interés del menor sería que tuviera contacto con cada uno de ellos.

*c) Interrupción de la lactancia con la incorporación de la madre a su lugar de trabajo*

Para explicar este apartado tenemos que empezar comentando la duración que tiene la prestación por nacimiento de un hijo o una hija, ese tiempo se recoge en el art. 48.4 del Estatuto de los trabajadores indicando que “el nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre”. Entonces, ¿qué pasaría si una madre decide dar leche materna a su hijo o hija y se acoge a las 16 semanas (4 meses) volviendo después a su puesto de trabajo? La mayoría de madres suelen interrumpir esa lactancia debido a los problemas que encuentran para compatibilizar el trabajo y el mantenimiento de una lactancia materna. Según este dato, la noticia del Confidencial<sup>68</sup> indica que “la

---

<sup>67</sup> Número de recurso: 1365/2021. ECLI:ES:APMU:2022:190.

<sup>68</sup> Disponible en: [https://www.alimente.elconfidencial.com/bienestar/2023-07-31/maternidad-pediatría-trabajo\\_3711110/](https://www.alimente.elconfidencial.com/bienestar/2023-07-31/maternidad-pediatría-trabajo_3711110/)

Federación de Asociaciones de Matronas de España (FAME) ha señalado que, aunque el 98% de las madres españolas escogen dar el pecho a sus hijos, muchas abandonan este método por la incorporación temprana al trabajo”.

Si esa lactancia se interrumpe cuando las madres se incorporan a sus puestos de trabajo como asegura la FAME en la noticia nombrada anteriormente, esas progenitoras tendrían que acudir a la lactancia artificial para que sus hijos o hijas sigan tomando leche de forma exclusiva hasta que empiecen con la alimentación complementaria, esto es a partir de los 6 meses de edad. Esta situación choca con lo recomendado por la AEP y la OMS, pero esa es la realidad de muchas madres trabajadoras, que tienen que decidir interrumpir esa lactancia para llevar una vida más equilibrada y conciliar mejor la realización de su trabajo y el cuidado de sus hijos o hijas de corta edad. Por tanto, al cambiar de lactancia materna a una artificial ya no existiría el motivo de no conceder una custodia compartida, ya que la razón biológica no existiría y ambos progenitores estarían capacitados para cuidar a sus hijos o hijas. No obstante, se tiene que tener en cuenta la corta edad que tendrían esos o esas menores, por lo que lo más adecuado sería un régimen progresivo estableciéndose un régimen de visitas sin pernoctas hasta el año de edad, a partir del año de edad el régimen incluiría pernoctas y a partir de los 2 años (24 meses) ya aplicarse una custodia compartida<sup>69</sup>. En este sentido, diferentes sentencias de Audiencias Provinciales apuntan a un régimen progresivo por esa corta edad del menor como las comentadas la SAP de Vizcaya 545/2015, de 13 de marzo, la SAP de Salamanca 569/2019, de 25 de septiembre, SAP de Navarra 651/2020 de 21 de septiembre y la SAP de Málaga 771/2017 de 28 de julio.

#### *d) Lactancia con leche de fórmula*

Terminando este epígrafe sobre determinadas problemáticas actuales con respecto a las guardas y custodias de niños y niñas de corta edad lactantes, tenemos que estudiar si se puede conceder o no una custodia compartida cuando el o la menor están tomando lactancia artificial, es decir, leche de fórmula.

En principio, al no haber una necesidad de lactancia materna, tanto la madre como el padre están capacitados para dar esas tomas a sus hijos o hijas lactantes con leche de fórmula. En este sentido, el ATS del 24 de mayo de 2017<sup>70</sup> apunta que al haber lactancia

---

<sup>69</sup> TORREMOCHA, C. “Custodia compartida en menores lactantes”. Marzo 2022. Disponible en: <https://carolinatorremocha.com/blog/custodia-compartida-menores-lactantes/>

<sup>70</sup> Número de Recurso: 3985/2016. ECLI: ES:TS:2017:4834ª.

artificial se puede dar una custodia compartida indicando expresamente que al “tener la niña una edad año y medio que le permite abandonar la lactancia materna y pasar a lactancia artificial con alimentos complementarios que puede ser desarrollada en la forma de custodia compartida tanto por la madre como por el padre”.

No obstante, los tribunales, como hemos señalado a lo largo de este trabajo en diferentes sentencias, no conceden custodias compartidas de niños o niñas de corta edad, se suele establecer un régimen progresivo para que los y las menores estén en contacto asiduamente con sus progenitores sin tener ese sentimiento de abandono.

## **6. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** – Después del estudio del Código Civil y las distintas leyes autonómicas en relación con la custodia compartida, he podido observar que hay ciertas lagunas que las distintas Audiencias Provinciales y el propio Tribunal Supremo han tenido que solventar. En mi opinión no existe una regulación legal en España que homogeneice los criterios indicados por los tribunales a lo largo de estos años para conceder o denegar una custodia compartida. Por lo que sería interesante que el Código civil descendiera a ello y regulase todas las cuestiones relativas a la custodia compartida, en aras de que los tribunales tuvieran unas líneas generales de actuación para evitar que en los distintos territorios de España se dictasen resoluciones judiciales dispares.

**SEGUNDA.** - En cuanto al tema principal de este trabajo, la lactancia en casos de custodia compartida, tras realizar un estudio de las diferentes sentencias de Audiencias Provinciales he llegado a la conclusión de que en los primeros meses de vida, esos bebés necesitan estar en contacto más con su madre porque su principal alimento es la leche materna. Sin embargo, a medida que se van introduciendo alimentos o incluso esa lactancia está próxima a finalizar, se puede plantear establecer una custodia compartida, lo cual dependerá de cada caso, aunque algunos tribunales establecen un régimen progresivo para acabar estableciéndose una guarda y custodia compartidas.

**TERCERA.** – En relación con uno de los criterios que suelen tener en cuenta los tribunales para conceder o denegar una custodia compartida, a saber, el criterio de no

separar a los hermanos, estudiándolo y analizando distintas sentencias concluyo que si son hermanos o hermanas de doble vínculo, es decir, tienen los mismos progenitores, los tribunales son más proclives a no separarlos, no estableciendo una custodia compartida en el caso de que uno de los hermanos sea lactante aún. Por lo tanto, se podrían establecer esas custodias compartidas una vez que ese hermano o hermanos finalicen el período de lactancia materna. Además de esto, he podido observar también que en los casos de hermanos de vínculo sencillo, el criterio de no separar a los hermanos ya no se sostiene porque los padres pueden tener hijos de otras relaciones anteriores o incluso relaciones futuras, y acabarían separándose los hermanos o hermanas, teniendo en cuenta los tribunales el criterio del interés del menor, que no es otro que seguir en compañía de sus progenitores estableciéndose una guarda y custodia compartida.

**CUARTA.** – Otra conclusión a la que he llegado es que los tribunales no suelen conceder custodias compartidas de niños y niñas de muy corta edad, estableciendo de normal un régimen progresivo para que esos niños y esas niñas tomen contacto con su padre y no pierdan el vínculo con él, teniendo en cuenta que en esos primeros años de vida suelen tener más contacto con sus madres, por el motivo biológico de la lactancia materna, pero también por la mentalidad de la sociedad, como indiqué al principio de este trabajo, que se sigue viendo a la mujer como la cuidadora principal de los hijos y las hijas. Por suerte, esa mentalidad se va dejando atrás, por eso los juzgados y tribunales estos últimos años están estableciendo un régimen progresivo para que el o la menor tengan contacto con sus progenitores y se acostumbren a esa situación de manera paulatina.

**QUINTA.** – Tras el estudio de estas sentencias y atendiendo a la AEP, la lactancia materna es beneficiosa siempre y cuando no afecte a los derechos que tiene el menor para relacionarse debidamente con los dos progenitores, sobre todo con su padre. La lactancia no puede ser un impedimento para denegar una guarda y custodia compartida si las circunstancias son las adecuadas para establecerla, ya que el interés del menor es tener un contacto habitual con su padre, aunque permanezca la lactancia materna a demanda.

**SEXTA.** –Por último, he de añadir que debería existir una mayor especialización y sensibilización en esta materia de los Juzgados en materia de Derecho de Familia debido a la especial trascendencia de protección de los menores en los procedimientos de separación o divorcio, existiendo a veces injusticias en algunas sentencias en las que no se ve reflejado realmente el interés de esos y esas menores, no pudiendo disfrutar de una infancia plena teniendo un contacto normal y habitual con sus progenitores.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALASCIO CARRASCO, L., MARIN GARCIA, L., “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, *InDret*, 3/2007, Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/454\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/454_es.pdf)

BENAVENTE MOREDA, P., “La custodia de hijos menores de edad. El artículo 159 del CC tras la Ley 11 de 15 de octubre de 1990”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 11-12/1991, pp. 130-131.

DELGADO SÁEZ, J., *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Editorial Reus, Madrid, 2020.

DOMINGO MONFORTE, J. “Custodia y nido compartido: todo cambia”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 891/2014. Editorial Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor 2014.

GARCIA RUBIO, M.P., OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 8/2006, pp. 69-105.

GÓMEZ FDEZ-VEGUE, M., “La lactancia materna en niños mayores o prolongada”. Comité de Lactancia Materna de la AEP., 2015, Disponible en: <https://www.aeped.es/comite-nutricion-y-lactancia-materna/lactancia-materna/documentos/lactancia-materna-en-ninos-mayores-o>

GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”. *InDret*, 2/2008, Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/537\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf)

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar”, XX Encuentros del Foro Aragonés, 2010, pp. 141-142.

MARTINEZ DIAZ, A., “Comentarios al Código Civil”. Coordinador BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

TORREMOCHA, C., “Custodia compartida en menores lactantes”. Marzo 2022.  
Disponible en: <https://carolinatorremocha.com/blog/custodia-compartida-menores-lactantes/>

