



**FACULTAD CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DE ELCHE**

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

CURSO 2017-2018

“CUSTODIA COMPARTIDA”

NURIA GARCÍA BAILÉN

TUTOR JESÚS MORANT VIDAL

Agradecimientos:

A mi hijo Bruno, con el que hace cuatro años aprendí a vivir de forma compartida, lo que nos presenta retos y aprendizaje de nuevos modelos de familia. Su generosidad y madurez, hacen que sea una aventura de crianza llena de oportunidades.

A mis padres y hermana, por los valores inculcados desde el ejemplo, por su apoyo, cariño y respeto, porque para educar “hace falta una tribu entera”.

1- Índice:

2. Abreviaturas.....	Pag. 4
3. Introducción.....	Pag. 5
4. Delimitación conceptual	
4.1 Guarda y Custodia y diferenciación de Patria Potestad.....	Pag. 6
4.2 Custodia Compartida.....	Pag. 7
5. Normativa internacional inspiradora.....	Pag. 10
6. Derecho Comparado	
6.1 Francia.....	Pag. 13
6.2 Alemania.....	Pag. 16
6.3 Portugal.....	Pag. 18
6.4 Italia.....	Pag. 19
7. Regulación de la custodia compartida en el Código Civil	
7.1 Marco legal anterior a la reforma de 2005.....	Pag. 21
7.2 Situación legislativa actual.....	Pag. 23
7.3 Análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo	
7.3.1 Criterios de concesión de la custodia compartida.....	Pag. 28
7.3.2 Criterios de exclusión de la custodia compartida.....	Pag. 33
7.4 Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.....	Pag. 35
8. Normativa autonómica	
8.1 Cataluña.....	Pag. 42
8.2 Comunidad Foral de Navarra.....	Pag. 48
8.3 Aragón.....	Pag. 50
8.4 Comunidad Valenciana.....	Pag. 53
8.5 País Vasco.....	Pag. 58
9. Conclusiones.....	Pag. 60
10. Bibliografía.....	Pag. 62

2- Abreviaturas:

Código Civil (CC)

Constitución Española 1.978 (CE)

Instituto Nacional de Estadística (INE)

Convención Derechos del Niño (CDN)

Tribunal Supremo (TS)

Sentencia Tribunal Supremo (STS)

Código Civil de Cataluña (CCCat)

Boletín Oficial del Estado (BOE)

Audiencia Provincial (AP)

Tribunal Constitucional (TC)

Sentencia Tribunal Constitucional (STC)

Código Civil de Cataluña (CCCat)

Código de Familia (CF)

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra (STSJ NA)

Código Derecho Foral de Aragón (CDFA)

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJAR)

Sentencias Tribunal Superior de Justicia Aragón (SSTSJA)

Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)

Burgerliches Gesetzbuch o Código Civil Alemán (BGB)

3- Introducción

El presente trabajo tiene por objeto, realizar un estudio y análisis de la legislación y jurisprudencia, al respecto de la figura jurídica conocida como guarda y custodia compartida. Inicialmente haremos una diferenciación conceptual de la patria potestad y, guarda y custodia, pues especial importancia reviste diferenciarlos, dado que en cualquier procedimiento judicial, de separación, nulidad o divorcio, en el que hay menores, habrá que determinar quienes la ejercerán. Describiremos que se entiende por custodia compartida. Seguiremos con un repaso de la normativa internacional más relevante, que ha servido de base e inspiración al legislador. Posteriormente haremos un análisis desde el derecho comparado, de países de nuestro entorno europeo, como son Francia, Alemania, Portugal e Italia. Seguidamente se analiza la regulación de la custodia compartida en nuestro código civil, empezando por la situación anterior a la reforma de 2005, para avanzar hacia el cambio producido, con posterioridad a dicha reforma. Seguido de un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, distinguiendo entre los criterios a tener en cuenta para la concesión y exclusión, de la custodia compartida. Comentaremos el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Para continuar con un análisis legislativo de las comunidades autónomas con legislación propia, que son Cataluña, Navarra, Aragón, C. Valenciana y País Vasco. Para finalizar con las conclusiones alcanzadas del análisis realizado.

Palabras clave: Derecho Civil, Derecho de Familia, Custodia Compartida.

Abstract

The purpose of this paper is to conduct a study and analysis of the legislation and jurisprudence regarding the legal concept known as guardianship and joint custody. Initially, we will make a conceptual differentiation between custody and guardianship, since it is especially important to differentiate them given that in any legal procedure of separation, nullity or divorce in which there are minors involved it will be necessary to determine who it will be awarded to. We will start by describing what is understood by joint custody and then proceed by reviewing some of the most relevant international regulations, which have served as the basis and inspiration for legislators. Later we will make an analysis from the contrastive law of countries in

our European environment, such as France, Germany, Portugal and Italy. Next, the regulation of joint custody in our civil code is analyzed, beginning with the situation prior to the 2005 reform and then moving towards the change produced after said reform. We will continue with an analysis of the jurisprudence of the Supreme Court, examining the criteria to be taken into account for awarding or exclusion of joint custody. We will comment on the draft bill on the exercise of parental responsibility and other measures to be considered after the break of coexistence. We will follow by an analysis of the autonomous communities with their own legislation, which are Catalonia, Navarre, Aragon, Valencia and the Basque Country. We will end by exposing the conclusions reached after the analysis carried out.

Keywords: Civil Law, Family Law, Joint Custody or Shared Custody.

4- Delimitación conceptual

4.1 Guarda y Custodia y diferenciación de Patria Potestad

Debemos diferenciar el significado de patria potestad, del de guarda y custodia, ya que aunque en situaciones de convivencia familiar los dos conceptos se fusionan y ejercen de forma simétrica, no ocurre lo mismo, tras una ruptura del régimen de convivencia, pues en cualquier sentencia de separación en la que hay menores, el juez deberá pronunciarse al respecto, pudiendo suceder que uno de los progenitores vea limitada la guarda y custodia, pero sigan ejerciendo conjuntamente la patria potestad. La privación de la patria potestad, se encuentra regulada en el artículo 170 Código Civil (CC).

La patria potestad es un concepto jurídico más amplio del de guarda y custodia. La primera, se configura como una función dual del padre y de la madre que el ordenamiento jurídico reconoce y califica como responsabilidad parental, otorgándoles facultades y obligándoles al cumplimiento de una serie de deberes y funciones. Deriva de la filiación y, de acuerdo con el art. 154 CC, “deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”¹, también el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de 9 de julio², en el

¹Martín García de Leonardo, M.T., “*Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*”, (Coord. De Verda y Beamonte, J.R) Ed. Tirant lo Blanch Manuales, Valencia 2016, p. 307.

² CENDOJ. Tribunal Supremo. Sentencia N° 720/2002 de 9 de julio de 2002.

Fundamento de Derecho Primero, la define como “La patria potestad actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución a favor de los hijos”.

El beneficio de los hijos, es el matiz más utilizado jurídicamente para describir el interés del menor, que según el contexto sociológico en el que nos encontremos, adquiere un valor distinto.

Podemos observar la evolución que ha experimentado esta figura, desde el poder absoluto otorgado al padre y sólo de una manera subsidiaria a la madre que reflejaba la redacción originaria del CC de 1889, hasta la visión actual en la que el conjunto de facultades que tienen los dos padres van dirigidos a cumplir los deberes y funciones establecidos legalmente³. Conviene resaltar que la naturaleza jurídica de la patria potestad, no varía por el hecho de estar casado o no, como señala el art. 39.3 de la C.E “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos que legalmente proceda”, a diferencia de lo que ocurre en Alemania como veremos más adelante.

Se debe entender la guarda y custodia, con una visión amplia, pues tras la ruptura de la convivencia familiar, ya sea por separación, nulidad o divorcio, se convierte en necesario establecer la persona que convivirá con el menor. Como también señala Pinto Andrade; la guarda y custodia comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo⁴.

En el momento en que se produce el cese de la convivencia familiar, siempre que hayan menores, corresponde determinar quien ejercerá la custodia de los mismos, que podrá ejercerla uno de los cónyuges, lo que se conoce como guarda y custodia única, o ambos, a lo que llamamos custodia compartida, figura jurídica que analizaremos en el presente trabajo.

4.2 Custodia Compartida

El origen legal de la custodia compartida lo encontramos en las primeras reformas

³ Martín García de Leonardo, M.T., *Derecho Civil IV...* Op. Cit. p. 308.

⁴ Pinto Andrade, C. “*La custodia compartida*”, Ed. Bosch, S.A, Barcelona 2009, p.36.

legales que comenzaron a otorgar a la mujer un cierto grado de participación en la patria potestad de los hijos. Comienza a gestarse en el Derecho anglosajón en el año 1925, fecha en la que se promulga en Inglaterra la *The guardianship of Infants Act*, primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente había ejercido el progenitor varón a través de una potestad suprema, exclusiva y excluyente⁵.

Este iniciado fenómeno tuvo su repercusión también en Estados Unidos, a través de movimientos sociales inspirados en su mayoría por ideologías feministas que pretendían alcanzar una igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres, en el ámbito familiar.

Son muchos los argumentos a favor de este modelo, entre los que encontramos ventajas como define González-Martínez (2009):

- Mayor participación de ambos progenitores en la vida de sus hijos.
- Un incremento de la autoestima de los niños.
- Una disminución de los conflictos entre los progenitores, lo que significa además una menor presencia de procesos litigiosos posteriores en los juzgados⁶.

Conseguir un reparto equitativo e igualitario sobre los derechos y los deberes de los progenitores con sus hijos, lo que se entiende como corresponsabilidad parental y marental, un reparto más igualitario de los tiempos, pues lo común será que los niños tengan dos casas, es lo que muchos expertos entienden que debe pretender nuestro Derecho, que es guiarse por el supremo interés del menor. Porque a pesar de cómo dicen los expertos en psicología infantil, el mayor deseo de los niños es convivir con sus padres unidos, la custodia compartida es la solución que menos cambiará sus vidas y más felicidad les reportará.

También se argumenta, como forma de resolver un problema social, como es el incremento del número de divorcios y separaciones que se producen cada año, y la necesidad de encontrar una solución lo más satisfactoria para esos menores.

Ibañez (2004, .6), recoge las palabras de la responsable neozelandesa de bienestar

⁵ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia compartida”. *laleydigital360*, 20 de abril de 2018, pp. 5 a 6.

⁶ Clemente Díaz, M., “Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos”. Ed. Síntesis, p. 86.

social Muriel Newman, que expresaba: La carencia de un padre ha sido descrita como la más grande patología del siglo XXI. Uno de cada cuatro niños de Nueva Zelanda vive en la actualidad en hogares sin padre. Muchos han perdido toda la conexión con sus papá. Cientos de miles de madres están esforzándose para sacar adelante a niños ellas solas, y cientos de miles de padres han sido marginados. Es ciertamente un desastre sociológico⁷.

Cuando el derecho-función de guarda y custodia, es distribuido entre ambos progenitores, la doctrina y jurisprudencia emplean las expresiones “guarda y custodia compartida”, “guarda y custodia conjunta” y “guarda y custodia alternada o sucesiva” para referirse a esta situación.

El problema es que la legislación positiva no define ni delimita ninguno de estos vocablos. Las modificaciones introducidas por la Ley 15/2005 al art. 92 del CC se refieren al ejercicio compartido o conjunto de la guarda y custodia, sin dar mayores luces sobre su noción y alcance.

Al analizar el concepto de guarda y custodia en general, podemos distinguir dos acepciones. Por un lado, en sentido restringido, la guarda y custodia de los hijos consistente en el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia. Más ampliamente, en cambio, se entiende que este instituto comprende el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo.

En nuestro país, la relación paterno-filial incluye los derecho-funciones de carácter personal y patrimonial, bajo la institución jurídica de la patria potestad. Cuando el matrimonio está unido, ambos progenitores son titulares de la patria potestad y la ejercen de manera simultánea, pero cuando se rompe, sólo uno de ellos ejerce la patria potestad, (con ella el cuidado del hijo), aunque ambos son titulares de la misma. Por ello, hablar de custodia compartida teniendo como base un concepto restringido de guarda, significaría que ambos padres coejercen la patria potestad y, a su vez, son co-guardadores, pero que sólo uno de ellos cuida directamente del hijo, lo que resulta absurdo e innecesario. En cambio, el concepto amplio de guarda sí se aviene con el de custodia compartida, pues ésta, aunque es un instituto que descansa principalmente

⁷ Clemente Diaz, M., “Aspectos psicológicos...” Op. Cit., p. 86.

sobre la participación parental en la convivencia con el hijo, no se restringe sólo a la residencia⁸.

En la mayoría de países donde la custodia compartida, ya está instaurada y consagrada, (algo que analizaremos en el apartado sobre derecho comparado), no se recurre a la distinción del concepto de guarda, desde un punto de vista amplio o restringido, pues cuando el ejercicio de la patria potestad es conjunto, se engloba la coparticipación en el cuidado personal del hijo. Por ello, el acuerdo alcanzado en el convenio regulador o el pronunciamiento judicial debe determinar la residencia de los hijos y no la custodia propiamente dicha, la que se entiende corresponde a ambos progenitores, salvo que se decida lo contrario en atención al interés superior del menor.

5- Normativa internacional inspiradora

Desde la declaración de los derechos humanos el 10 de diciembre 1948, se ha ido desarrollando normativa internacional que sirve de base al legislador, para dar forma e inspirar el desarrollo normativo nacional. El art. 16.3 de dicha declaración dice que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Anteriormente encontramos la declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del niño, un texto muy breve de sólo 5 puntos, que serviría como esbozo de lo que luego se desarrolló con más ahínco en la Convención de los Derechos del niño (CDN), que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor en España a partir de su publicación en el BOE el 31 de diciembre de 1990. Dando lugar a un desarrollo normativo interno que viene inspirado y nunca en contradicción con los Derechos del Niño proclamados.

En relación con el desarrollo interno, el artículo 18.1 de la CDN nos dice que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño...”

⁸ Lathrop, F., “*Aspectos generales de la guarda y custodia compartida*”. laleydigital360, 20 de abril de 2018. La Ley 4058/2010. pp. 1 a 2

La CDN tiene en cuenta las previsiones recogidas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1978. En su artículo 5 señala que “Los estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”

Y el artículo 16 prescribe que :

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ...d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; ...f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.”

En el Derecho Comunitario, encontramos referencias al principio de corresponsabilidad parental. En la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992 sobre la Carta Europea de los Derechos del niño, establece en su punto 8.11 que “padre y madre tienen una responsabilidad conjunta en el desarrollo y educación del menor”. Especial mención merece el Reglamento (CE) 2201/2003 del consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003 “relativo a la competencia, el reconocimiento y la

ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) NÚM. 1347/2000”, que define la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor; y en particular, los derechos de custodia y visita⁹.

El Reglamento define los “derechos de custodia”, en su art. 2.º núm. 9 “como los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”. Asimismo, considera en su art. 2.º Núm. 11 letra b) “que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”. Se trata de definiciones construidas sobre la base permanente de una concepción que es resabio del sistema de guarda exclusiva, que ve al padre no conviviente en una posición opuesta a la de coparticipación plena en el proyecto educativo y que sólo le permite intervenir marginalmente en la vida del hijo. Así, conforme a estas definiciones, la custodia implica cuidado del menor pero no está inseparablemente ligada a una relación de estable convivencia con el hijo, la referencia a la colocación y, específicamente, al poder de decidir el lugar de residencia, parece representar el contenido primario de la guarda. En cambio, la responsabilidad parental, comprende una pluralidad de elecciones mucho más amplia que aquella del dónde y por cuánto tiempo el hijo deba vivir con uno y otro progenitor¹⁰.

Como hemos señalado, es muy importante tener en cuenta la influencia que ejerce toda la normativa internacional, sobre la regulación a nivel nacional. En la Constitución Española de 1978 (CE), encontramos en el art. 10.2 “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” Y el art. 96.2 “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de

⁹ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit., p. 7.

¹⁰ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit., p. 8.

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Y en lo que hace referencia al Derecho Comunitario, el art. 93 “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

Finalmente, si bien no constituyen Derecho Comunitario, existen dos normas, relevantes en este sentido:

La primera, se encuentra en el Principio cinco de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, R 84, de 28 de febrero de 1984, que afirma que “las responsabilidades de los progenitores respecto de un hijo deben pertenecer conjuntamente a ambos”. Agregando, en su Principio diez, que “si las responsabilidades parentales son ejercidas de manera compartida por ambos padres, cualquier decisión que afecte a los intereses del hijo debe ser adoptada por el acuerdo de ambos”.

La segunda, en el art. 5 Protocolo Adicional núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del hombre y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, que establece que “los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en las relaciones con sus hijos, tanto en caso de matrimonio y durante el matrimonio, como después de su disolución”¹¹.

6- Ámbito europeo

6.1 Francia

La reforma introducida por la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 autoriza el sistema de *résidence alternée* (*residencia alterna*) para el y la menor cuyos padres no conviven.

La forma en que viene regulada en el derecho francés este sistema de residencia es muy general imponiendo tan solo como norte de esta decisión dos condicionamientos. Por un lado, la protección de los intereses de los hijos e hijas menores. Y por otro, la garantía

¹¹ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit., p. 8.

del mantenimiento de los vínculos de los menores con cada uno de sus progenitores.

En Francia, se ha considerado que la *garde conjointe* (guarda conjunta) es una invención de la jurisprudencia francesa, puesto que antes de la regulación jurídica, desde inicios de los ochenta, ya se encuentran sentencias al respecto.

Fue en el año 1987 cuando se introdujo legalmente, con la Ley 87-570, de 22 de julio, relativa al ejercicio de la autoridad parental, figura jurídica que en el momento resultó de escasa aplicación.

Fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 93-22, de 8 de enero de 1993, cuando pasó a ser la regla de aplicación general. Se ha señalado que el ordenamiento jurídico francés contempla una presunción que considera a la *garde conjointe*, como el mejor instrumento de realización del interés del hijo al cual corresponde recurrir cuando los progenitores sean capaces de convertirlo, en condiciones de concordia, en un real instrumento de tutela. De esta forma, en la actualidad este sistema es aplicado en el 90% de los casos¹².

En el *Code* (Código Civil), no se encuentra expresamente la custodia compartida, ni siquiera utiliza el concepto doctrinal *garde conjointe*, sino que se refiere al ejercicio de la autoridad parental conjunta y a la alternancia de la residencia con uno u otro progenitor.

La custodia compartida con alternancia estricta de domicilios, conocida como *garde alternée*, es concebida en el Derecho francés como una institución diversa de la conjunta, tal y como sucede en el Derecho Italiano con el *affidamento alternato*, que desarrollaremos más adelante, pues en ésta lo que se comparte, en definitiva, es sólo la residencia con el hijo y no la globalidad de las decisiones relativas al cuidado personal de éste. Dicha figura, fuertemente criticada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesa, era escasamente admitida hasta el año 1984, fecha en la que la Corte de Casación se pronunció claramente en contra de su admisión, y fue eliminada definitivamente con la Ley 87-570, de 22 de julio¹³.

El art. 371.1 del Código Civil francés, la autoridad parental (equivalente a nuestra patria

¹² Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit. p. 19.

¹³ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit. p. 19.

potestad), es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen como fin el interés del menor. Pertenece al padre y madre, hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo. Dicha autoridad se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores, regla que no se ve alternada por la separación. Así lo encontramos en el art. 373.2 del *Code*¹⁴.

Los elementos que el juez deberá considerar en cuanto a la forma de ejercicio de la autoridad parental, recogidos en el art. 373.2.11 del *Code*, son muy similares a la regulación española, se tendrá en cuenta:

La practica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad, lo que supone, un respeto al principio de autonomía de la voluntad, dándose un papel predominante a los progenitores en la búsqueda de un sistema de residencia que les permita cohonestar tanto los intereses del menor, como los intereses propios, buscando la solución mas conveniente para todos los miembros de la familia. Es lógica la exigencia de este respeto pues, es de suponer, que los progenitores son quienes mejor pueden regular, en interés de sus hijos, el sistema de residencia más beneficioso.

La opinión del menor, cuya audiencia viene regulada en el artículo 388.1 del *Code*, estableciendo el derecho del menor a ser oído por el Juez en cualquier procedimiento que le afecte, regulándose, también de forma expresa, la obligación del Tribunal de oír al menor cuando éstos lo soliciten, audiencia que solo podrá ser rechazada, mediante una resolución especialmente motivada. Igual que ocurre en el derecho español, el Código Civil francés regula la forma en que podrá ser oído el menor quien podrá acudir ante el Juez solo, con un abogado o con una persona de su elección, permitiéndose al Tribunal designar a otra persona si considerara que la elegida por el menor no pareciera conforme con su interés. Tampoco se establece edad alguna para llevar a cabo la audiencia del menor, sino tan solo que sea capaz de discernimiento.

La aptitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro.

El resultado de los informes periciales, no tienen en la legislación francesa un carácter preceptivo por tanto no es exigible su realización para decidir sobre la modalidad de

¹⁴ Lathrop, F., “*Aspectos generales de la guarda y custodia...*” Op. Cit. p. 19.

residencia, aunque, si se han llevado a cabo podrá ser tenido en cuenta su resultado.

Los datos de los informes sociales, también deberán ser valorados así como los contrainformes que se hayan llevado a cabo para "... recabar todas las informaciones sobre la situación de la familia y sobre las condiciones en que viven y son educados los hijos" art. 373.3.12 del *Code*.

La elaboración de estos informes o encuestas sociales puede ser decidida por el Juez antes de tomar la decisión sobre la modalidad de la residencia a adoptar y se trata de un elemento probatorio muy útil porque va a facilitar una visión muy cercana y real de la forma de organización de la familia lo que, sin duda, va a ser de gran ayuda para fijar el sistema de residencia que más se adapte a su organización.

Si las conclusiones del informe social encargado por el Tribunal, es impugnado por uno de los progenitores podrá encargarse, a su instancia, un informe contradictorio.

Por último, pese al gran debate social y legislativo generado al respecto, el establecimiento de la residencia alternada de los hijos ha tenido escasa aplicación. Así, en el año 2003 fue regulada sólo en el 10% de los casos, observándose que en los que el divorcio fue consensuado fueron mucho más frecuentes un 15,7%, que en los de carácter contencioso que fueron un 7.3%¹⁵.

6.2 Alemania

El 3 de noviembre de 1982, la Corte Constitucional alemana, declaró la inconstitucionalidad del párrafo 1671 IV del Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) en adelante BGB. Dicha disposición, excluía la posibilidad del cuidado del hijo, a ambos progenitores. La Corte matizó que, en los casos en que los padres están de acuerdo en continuar asumiendo conjuntamente la responsabilidad del hijo después del divorcio, no es necesaria la intervención del Estado. Tras este pronunciamiento judicial, el cuidado conjunto de los hijos (*Gemeinsames Sorcherecht*) comenzó a ser desarrollado por el Derecho alemán. Algo que culminó con la promulgación de la Ley de 16 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1 de julio de 1998. La institución del cuidado

¹⁵ Lathrop, F., "Aspectos generales de la guarda y custodia..." Op. Cit., p. 20.

conjunto de los hijos, se justifica con el principio del interés superior del menor¹⁶.

El título quinto del BGB se refiere al cuidado paterno de los hijos matrimoniales, algo que llama especialmente la atención, es la diferenciación que hace el derecho alemán al respecto de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Se utiliza la expresión cuidado paterno, lo que en España entendemos como patria potestad.

El BGB no prevé expresamente la posibilidad de establecer, la custodia compartida de los hijos tras la ruptura conyugal. Lo que por tanto, se convierte en una medida excepcional.

Al referirse al cuidado paterno común, el párrafo 1671 del BGB establece que en caso de crisis matrimonial de los padres, si éstos viven separados de forma definitiva y ejercen, no obstante, conjuntamente dicho cuidado, cada uno de ellos podrá solicitar que el Tribunal familiar le ceda el cuidado paterno o una parte del mismo a título unilateral. El párrafo 1671 continúa prescribiendo que deberá estimarse dicha solicitud siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, que el otro padre o madre lo consienta, salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión, lo que constituye un clarísimo reconocimiento de la voluntad del hijo en materia de cuidado personal. Y en segundo lugar, que sea de esperar que la extinción del cuidado paterno común y su cesión al peticionario sea lo mejor para el bienestar del hijo¹⁷.

Sólo en los casos en los que los progenitores no estén casados, deberán solicitar la custodia compartida, a diferencia de los casados, en los que la regla general es que ambos continúen ejerciendo la custodia compartida conjunta.

En los supuestos matrimoniales la responsabilidad parental sobre los hijos comunes es conjunta y en los supuestos no matrimoniales corresponde a la madre la titularidad de la responsabilidad parental salvo que, se produzca una declaración conjunta del padre y la madre en orden a asumir la responsabilidad parental, o el padre y la madre contraigan matrimonio entre sí.

Otro de los temas llamativos, es la desigual normativa que rige en cuanto a la posibilidad de oposición por parte del hijo mayor de catorce años para el caso en que los

¹⁶ Lathrop, F., *“Aspectos generales de la guarda y custodia...”* Op. Cit., p. 21.

¹⁷ Lathrop, F., *“Aspectos generales de la guarda y custodia...”* Op. Cit., p. 22.

padres estén casados. El párrafo 1671 del BGB establece dos exigencias para acceder a la solicitud de atribución parcial del cuidado paterno. Una de ellas es que el otro padre o madre lo consienta, no existiendo matrimonio, es la madre quien aprueba dicha petición, salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga. Resulta curioso que el párrafo 1672 del BGB no contemple esta posible objeción del hijo para el caso de padre no unido por vínculo matrimonial. Esto podría llegar a constituir una discriminación arbitraria por razón de nacimiento¹⁸.

En resumen, existen tres modalidades de ejercicio del cuidado personal en Alemania.

1. A través del modelo de la residencia, el hijo vive básicamente con uno de sus padres, quien constituye su principal centro de referencia, y al otro le corresponde un derecho a mantener un contacto directo y regular, y a participar en la adopción de las decisiones más relevantes.
2. Mediante el modelo de péndulo, el hijo pasa periódicamente a vivir con uno y otro progenitor, las cuestiones de mayor importancia se acuerdan conjuntamente por ambos padres o bien con aquel con el cual se encuentra en ese momento.
3. El virtud del modelo del nido, los hijos viven siempre en el mismo lugar siendo los progenitores quienes se suceden en la residencia.

Los Tribunales de primera y segunda instancia, consideran que la modalidad que debe favorecerse es la custodia compartida, al respecto la Corte de Apelaciones de *Hamm* ha afirmado que una gran distancia entre las residencias, no justifica por sí sola, la asignación exclusiva del cuidado paterno a uno de ellos. Y también la Corte de Apelaciones de *Naumburg* ha establecido que los cónyuges están obligados a encontrar una solución consensual y que las declaraciones de estilo, como aquella según la cual los progenitores no logran comunicarse mutuamente, no son suficientes para conceder la custodia unilateral. En la práctica los Tribunales tienden a otorgarla a la madre, aunque aumentan los casos de custodia a ambos progenitores. Durante los años 1983 y 1985 ella era concedida en el 1% o 2% de los casos, mientras que en 1998 subía el porcentaje al 20%, en tanto que la custodia al padre, sólo el 1,8%¹⁹.

6.3 Portugal

¹⁸ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit., p. 22.

¹⁹ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit., p. 23.

Basándome en el estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la Custodia Compartida, coordinado por Rosa Pérez-Villar Aparicio²⁰, En este país, no se recoge en el texto legal la alternancia de la residencia, careciendo los Tribunales de potestad alguna para imponerla en contra de la voluntad de los progenitores.

Podríamos hablar de poder parental, para referirnos, al conjunto de derechos y deberes de naturaleza personal. Que comprenden el derecho de control y representación, el derecho o deber de custodia, el derecho de administración de la propiedad de los hijos. Y el deber de respetar, de educar y de ayudar a los hijos. Este poder parental, se ejerce de forma compartida, por lo general.

En casos de divorcio, separación y/o nulidad matrimonial, respecto a los acuerdos adoptados en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental, como en España, podrán realizarse de mutuo acuerdo y deberán ser ratificados por el Tribunal.

En caso de no alcanzar dicho acuerdo, será el Tribunal quien atendiendo al interés del menor, tome una decisión al respecto, otorgando la custodia a uno de los progenitores, y especificando el régimen de visitas del progenitor no custodio. El progenitor que no ejerza el Poder Paternal, tendrá la facultad de supervisar la educación y las condiciones de vida del menor o la menor.

Una novedad, respecto a la legislación española, es el aumento de la edad en la que el Juez deberá oír al menor, pasando de los 12 años en nuestro país, a los 14 años en Portugal, como también hemos visto que ocurre en Alemania.

La legislación portuguesa no contempla expresamente la posibilidad de que los hijos vivan durante periodos alternos en casa de uno y otro progenitor. Lo que no quiere decir, que en la práctica, pueda suceder que el niño alterne su lugar de residencia, si el poder parental es ejercido conjuntamente por ambos progenitores.

Si los padres llegan al acuerdo de establecer un sistema de residencia alterna, deberá ser ratificado ante el Juzgado competente o en el Registro Civil, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, quien deberá emitir un informe, con su valoración sobre el acuerdo alcanzado antes de proceder a su aprobación definitiva.

²⁰ Pérez-Villar Aparicio, R., (Coordinadora) *“Estudio de Derecho Comparado sobre la Regulación de la Custodia Compartida”* www.amecopress.net 10 de Junio de 2018. p. 75.

6.4 Italia

Tras la Ley 54/2006 de 8 de febrero, se incorporan las expresiones *affidamento congiunto* y *alternato*, desaparecen del léxico jurídico de la separación y divorcio matrimoniales, pasando a ser la alternancia en la colocación de los hijos uno de los criterios que los progenitores pueden continuar previendo. La expresión *affidamento condiviso* (cuidado compartido) que el legislador italiano utiliza en la nueva normativa, está en relación con una idea de coparticipación de los progenitores en los deberes de cuidado y crianza del hijo.

Se extrae del análisis realizado, que la legislación italiana establece una prioridad de la custodia compartida, frente a la individual.

El inciso final del art. 155 quáter, contiene una regla novedosa y de gran relevancia práctica. Establece que si uno de los cónyuges cambia de residencia o de domicilio, el otro cónyuge puede solicitar, si el cambio interfiere con la modalidad de cuidado del hijo, la redefinición de los acuerdos o de las medidas adoptadas, incluidas aquellas económicas. En general, en estas circunstancias, se recurre a una modificación del régimen de ejercicio de la guarda y custodia e, incluso, de su titularidad. Esta norma dispone directamente la revisión de lo acordado sin necesidad de incoar un procedimiento de modificación de medidas, lo cual facilita la resolución del problema suscitado²¹.

Es necesario incidir en que el concepto de custodia compartida en Italia, es bastante amplio, en cuanto a lo que tiene que ver con los periodos de convivencia con cada progenitor. Se ha entendido que es custodia compartida, cuando el menor transcurre las tardes, cena y duerme con uno de los progenitores, por la mañana siguiente es acompañado del otro al colegio, y será este el que lo recoja y lo tendrá con él hasta alguna hora de la tarde. Ello equivale a una custodia compartida en la que los periodos de residencia están bastante equilibrados.

También es otra modalidad, si los hijos son los que permanecen en la vivienda familiar, siendo los progenitores los que deben cambiar de residencia, en el periodo en el que le corresponda al otro.

²¹ Lathrop, F., “Aspectos generales de la guarda y custodia...” Op. Cit., p. 30.

La doctrina italiana para referirse a la custodia compartida, lo hace utilizando dos tipologías distintas, como son el “affidamento condiviso” y el “affidamento alternato”.

Comparándolos con el derecho español, podríamos concluir que el primero, se trata de una patria potestad reforzada, sería similar a lo que conocemos como el principio de corresponsabilidad parental y que implica la convivencia con el hijo. En el segundo, se presupone una convivencia con el hijo, pero no existe un ejercicio conjunto de la patria potestad, sino que se traslada a cada progenitor en el momento de la convivencia con el hijo.

7- Regulación de la custodia compartida en el Código Civil

7.1 Marco legal anterior a la reforma de 2005

Conviene hacer un breve repaso a la situación legal anterior a la reforma del año 2005, pues en materia de separación y divorcio, la sociedad española ha ido evolucionando y el marco normativo se ha ido adaptando a las nuevas realidades.

La ley de matrimonio civil de 1870, contemplaba la culpabilidad o inocencia del divorcio, por lo que a falta de acuerdo entre cónyuges, el juez le concedía la custodia a quien fuera inocente, si se daba el caso en el que ambos eran culpables, se nombraba un tutor o curador. Aunque siempre en hijos menores de 3 años, la custodia se concedía a la madre.

La ley del divorcio de 1932, aumenta la edad de los hijos que quedaban al cuidado de la madre, hasta los 5 años.

La ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, Patria potestad y régimen económico matrimonial, fue novedosa en cuanto a que se estableció la patria potestad conjunta ejercida por los dos progenitores, pero aumenta la edad de los hijos quedando la guarda y custodia a la madre, hasta los 7 años.

Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre la Modificación de la regulación del Matrimonio y Determinación del Procedimiento a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio, rompe con la idea de culpabilidad del divorcio, para afrontar la guarda y custodia, se le da especial importancia al pacto de los progenitores en el convenio

regulador. Y mantenía la edad en la que la guarda y custodia se le concedía, salvo excepciones, a la madre de los hijos menores de 7 años. En la redacción del art. 92 de la Ley de 1981, se establecía que “podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno y otro procurando no separar a los hermanos”.

La custodia compartida, estaba por llegar y aunque del análisis jurisprudencial anterior a la reforma de 2005, se encuentran pocas sentencias que la establecieran, encontramos algunas como:

La Sentencia de la AP de Girona, de 28 de febrero de 2001²², establece en el fallo de la sentencia, número uno que, “la custodia se desarrollará de forma compartida por ambos progenitores, por semanas alternas”.

La Sentencia de la AP de Córdoba de 1 de marzo de 2004²³, y de la AP de las Palmas de 15 de abril de 2004²⁴, que fija los periodos de convivencia con cada progenitor adaptándolos a las obligaciones laborales de la madre. Se establecen 6 meses de convivencia con cada progenitor, con amplio régimen de visitas para el que no conviva en dicho periodo.

La Sentencia de la AP de Castellón de 14 de octubre de 2003²⁵, en la que se plantea recurso, que es desestimado, en la sentencia apelada, se establecía la custodia compartida, repartiendo las horas de cada día, de manera que “entre semana el padre ejercerá la guarda desde las 17:00 horas hasta las 21:00 de todos los días, los fines de semana, la menor estará con su madre los sábados hasta las 19:00 horas del domingo”, algo que el Tribunal de la AP considera en su Fundamento de Derecho tercero que “se ofrece una solución coherente y adecuada a la situación de la menor”.

Y la Sentencia de la AP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005²⁶, establece en el Fundamento de Derecho segundo, “en la medida en que el principio jurídico de igualdad tenga reflejo en la realidad social, la custodia compartida sólo encontrará como

²² CENDOJ Audiencia Provincial de Girona. N° Resolución 108/2001.

²³ CENDOJ Audiencia Provincial de Córdoba. N° Resolución 65/2004.

²⁴ CENDOJ Audiencia Provincial de Las Palmas. N° Resolución 327/2004.

²⁵ CENDOJ Audiencia Provincial de Castellón. N° Resolución 279/2003.

²⁶ CENDOJ Audiencia Provincial de Zaragoza. N° Resolución 497/2005.

freno la consideración de que, en el caso concreto, aquel régimen sea contrario al interés del menor, que ha de ser y es la idea troncal, al resolver las crisis matrimoniales.”

Se puede considerar por tanto la figura de la custodia compartida, como algo reciente, que si bien antes de 2005 podía ser casi anecdótico, con posterioridad se esta convirtiendo en una importante solución a las crisis matrimoniales, y la atribución de la guarda y custodia, más solicitada y con considerable aumento de sentencias que la conceden, como veremos a continuación.

7.2 Situación legislativa actual

Actualmente en España, respecto al tema que nos atañe, encontramos dos regímenes distintos, por un lado el régimen común y por otro las Comunidades Autónomas que han desarrollado sus propias leyes a través de la cesión de competencias que les otorgan los Regímenes Forales o Estatutos de Autonomía, convirtiendo a la legislación española en subsidiaria (como veremos más adelante).

Cuando se produce una separación, divorcio o nulidad que origina una ruptura de la convivencia familiar, se dan dos posibles vías. La ideal y unánimemente aconsejada por los expertos en los distintos ámbitos del derecho de familia, es la resolución del conflicto a través de la mediación, que acabará por recoger las medidas a implementar en el llamado convenio regulador, que finalmente deberá ser ratificado por el juez. Es la situación ideal, puesto que son los progenitores quienes mejor conocen las necesidades de su familia, pues aunque se rompa la convivencia, no desaparecen las relaciones de filiación, y es lógico pensar, que si ambas partes se han puesto de acuerdo en regular sus relaciones de convivencia de manera satisfactoria, de igual manera las pondrán en práctica.

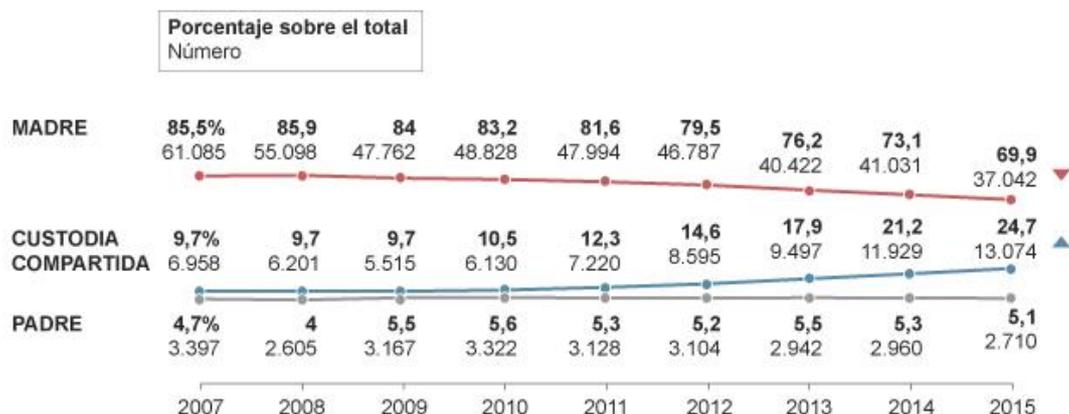
Algunos autores creen que, una legislación que proporcione instrumentos para alcanzar un acuerdo pactado entre los cónyuges crea un marco de posibilidades para que la custodia compartida se pueda expandir²⁷.

Pero si no es posible, se recurre a la vía contenciosa, en la que será el juez quien decidirá sobre el régimen económico y la guarda y custodia. En los últimos años,

²⁷ Diego Becerril y Mar Venegas (Coordinadores) *“La Custodia Compartida en España”*. Ed. Dykinson S.L. Madrid. 2017, p. 45.

nuestro país ha sufrido una evolución muy significativa hacia la concesión de custodia compartida, como podemos observar en la siguiente gráfica²⁸, la tendencia es ascendente desde el 2012, y en la actualidad sigue creciendo.

Tipos de custodia en divorcios y separaciones



Fuente: INE.

EL MUNDO GRÁFICOS

Según datos del Instituto Nacional de Estadística, en 2016 hubo 96.824 divorcios, de los cuales, la custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 28,3% de los casos de divorcio y separación²⁹.

Entre los años 2012 y 2011, las provincias pertenecientes a CCAA sin legislación propia son también las que mantienen niveles más bajos de custodia compartida (7%-12%), mientras que también se evidencia la situación contraria. En las provincias que cuentan con legislación propia, la custodia compartida es 14,3 puntos superior a aquellas que carecen de ley³⁰.

Por lo que podemos concluir, que en las comunidades autónomas con legislación propia, se favorece la adopción de la custodia compartida.

En el régimen común, la fundamentación la encontramos en la exposición de motivos, de la Ley 15/2005, donde se recoge que la Constitución de 1978, en su art. 32 “contiene un mandato al legislador, para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con

²⁸ R. Sanmartín, O., www.elmundo.es Madrid. 5 de Mayo de 2018.

²⁹ www.ine.es Nota de prensa, 25 de septiembre 2017.

³⁰ Diego Becerril y Mar Venegas (Coordinadores) “La Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 61.

plena igualdad jurídica, así como las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos. Se pretende con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida.”

Como podemos ver, en el art. 92.1 del CC “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.” Y por extensión se puede entender que procederá la custodia compartida, según el art. 92.5 “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

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

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del art. 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012.”

A lo anterior hay que añadir que, el CC utiliza la expresión Convenio Regulador, para identificar al documento en que se recogen los acuerdos o pactos que los cónyuges

adoptan en caso de crisis matrimonial y someten al control judicial. La aportación del convenio es preceptiva en el caso de demanda de separación o divorcio presentada de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges, con el consentimiento del otro, pues el convenio deberá necesariamente acompañarse a la demanda.

A tal convenio, el encabezamiento del artículo 90 del CC, le atribuye un contenido esencial o contenido mínimo. “...deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos”:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre el interés de aquellos...”³¹.

Los pactos que puedan haber convenido los cónyuges en el Convenio Regulador sobre la patria potestad y el modo de ejercicio de la misma, al tratarse de materias sustraídas del poder de disposición de los padres, tienen una validez y eficacia relativas, condicionada a la apreciación judicial de que protegen adecuadamente, en el caso concreto, el interés o beneficio del menor (*favor filii*), de modo que el Juez puede no aprobarlos si los considera dañosos para el interés o beneficio de los menores³².

Aunque en todos los procesos públicos con menores se exige el informe del Ministerio Fiscal, no se exige como resultado del mismo favorable, puesto que limita la capacidad de decisión del juez, por lo que al respecto se plantearon varios recursos, siendo en el año 2012, cuando se declaró inconstitucional.

En relación con lo anterior, el recurso planteado respecto al art. 92.8 del Código Civil, donde fue declarado inconstitucional y nulo el inciso favorable, primero por tratarse de una previsión normativa contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la

³¹ Lasarte, C., “*Derecho de Familia, principios de derecho civil VI*” Editorial Marcial Pons. 2017, pp. 120 a 121.

³² Pinto Andrade, C., “*El Convenio regulador y su aplicación práctica*”. Editorial Bosch, S.A 2013, p. 16.

controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida, y segundo, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender del dictamen del Fiscal menoscaba de facto el derecho de la parte a obtener una resolución sobre el fondo³³.

Además del informe del Ministerio Fiscal, las partes podrán aportar sus propios informes, algo que se conoce como, el informe psicológico pericial sobre custodia y régimen de visitas de menores, tiene la misión de que el psicólogo, elabore los informes de valoración de la idoneidad de los padres separados para el ejercicio de la custodia de los hijos. Ello consiste en evaluar, mediante procedimientos, técnicas e instrumentos válidos y fiables propios de la psicología, la capacidad y competencia personal de los padres para ejercer adecuadamente la custodia de los hijos menores de edad, considerando tanto las variables individuales relevantes, como aquellas otras relacionadas con la propia dinámica familiar y con los contextos en los que se desenvuelve³⁴.

También interesa conocer lo que dice el art. 154 CC “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”³⁵.

Sin embargo, podemos concluir, que el artículo 92 del CC, plantea tres supuestos, en los que es posible plantear la custodia compartida:

- 1- La que se desprende del punto 5, la que se da de mutuo acuerdo, que se

³³ Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia 185/2012 de 17 de octubre. Recurso 8912/2006.

³⁴ Aránzazu B., (Tutor) “*Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores adaptada a casos de violencia de género*”. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. p. 10.

³⁵ Artículo 154 redactado por el apartado ocho del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio). Vigencia: 18 agosto 2015.

recogerá en el convenio regulador.

- 2- En el procedimiento contencioso, que puede iniciarse y los progenitores llegar a un acuerdo durante el transcurso del mismo, lo que también contempla el punto 5, pero como es evidente si llegan a un acuerdo, finaliza la vía contenciosa, por lo que habría que estar a lo previsto en los artículos 770.5 y 777 de la LEC.
- 3- Y por último el que se desprende del artículo 92.8 CC, incluso excepcionalmente a instancia de una sola parte, evidentemente siempre en interés del menor.

7.3 Análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo

7.3.1 Criterios de concesión de custodia compartida

Analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde que se aprobó el art. 92 del CC, especialmente las sentencias de los últimos años que han ido estableciendo la doctrina del tribunal al respecto de la guarda y custodia compartida.

La STS de 2 de julio de 2014³⁶, establece en atención al interés de los hijos menores un sistema de custodia compartida, porque ambos progenitores están capacitados para ejercer sus responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, pues mantienen vías de comunicación para temas relacionados con los menores y su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación. Además sus domicilios están próximos en una pequeña localidad. Se plantea que no puede tomarse como referencia el acuerdo previo de atribución de la custodia a la madre, ya que se trataba de un régimen transitorio. Establece por ello, que si se dan las condiciones adecuadas debe instaurarse la custodia compartida y no la custodia individual materna, como se había acordado anteriormente. Con ello, lo que se pretende es aproximar este régimen de convivencia al existente antes de la separación, y garantizar a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que considera más beneficioso para ellos.

³⁶ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 2 de julio 2014. Nº Resolución 368/2014. LA LEY 79813/2014.

La STS de 22 de octubre de 2014³⁷, plantea que procede establecer un sistema de custodia compartida de ambos progenitores sobre el menor. Se han producido un cambio de circunstancias, ya que el régimen de visitas en su día establecido se ha ido flexibilizando de tal manera que el cuidado del hijo está prácticamente repartido. El menor se ha adaptado sin problemas a la nueva situación, deseando estar más tiempo con su padre, por lo que se considera que es más beneficioso para él fijar una custodia compartida, que se establece por períodos semanales a falta de acuerdo, el progenitor que ostenta la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

La STS de 18 de noviembre de 2014³⁸, expone que procede establecer un sistema de custodia compartida a favor de ambos progenitores respecto de su hijo menor. Ya que han cambiado las circunstancias concurrentes en el momento de suscribir los litigantes un convenio notarial respecto a las medidas relacionadas con su hijo. El padre ha comprado una vivienda cerca de la de la madre, su horario laboral es más flexible y el niño está matriculado en un colegio a mitad de distancia de ambos domicilios. Debe valorarse el interés del menor, estando ambos progenitores capacitados para su cuidado.

Como se extrae del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, “En primer lugar, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual.

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida (dice la sentencia), es asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor, y en definitiva, aproximarle al modelo de convivencia anterior a las ruptura matrimonial.

En tercer lugar, la rutina en los hábitos del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha

³⁷ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 22 de octubre 2014. Nº Resolución 576/2014. LA LEY 145489/2014.

³⁸ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 18 de noviembre 2014. Nº Resolución 616/2014. LA LEY 158719/2014.

considerado normal e incluso deseable, porque, permite que sea más efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis”.

La STS de 16 de febrero de 2015³⁹, entiende que las discrepancias entre los padres por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes a los ahora litigantes, dos profesionales, que trabajan como profesores universitarios. Las sentencias de instancia, atribuyeron la custodia del hijo menor a la madre, y el Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandado y acuerda custodia compartida. Argumenta el juez que la condena a la madre por una falta de coacciones no puede ser motivo para no acordar la custodia compartida que solicita el padre, para quien no supone demérito alguno. Tampoco constituye inconveniente alguno la discrepancia que existió entre los progenitores en cuanto a la elección del centro escolar, pues lo considera una divergencia razonable.

La STS de 14 de octubre de 2015⁴⁰, señala que procede el establecimiento de un régimen de convivencia compartida del hijo menor con ambos progenitores. Los dos están capacitados para atenderle y no se aprecian especiales factores de conflicto entre ellos. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal y satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%. Entiende en su Fundamento de Derecho Tercero que “la salida de uno de los progenitores del domicilio familiar (propiedad de ella), no puede calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el progenitor”.

La STS 28 de enero de 2014⁴¹, establece la procedencia de establecer un sistema de custodia compartida de ambos progenitores respecto del hijo menor del matrimonio. La adaptación de éste a la custodia materna no es significativa por su edad, 9 años, y porque puede ser perjudicial al impedir avanzar en su relación con su padre a partir de

³⁹ La Ley Digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 16 de febrero 2015. Nº Resolución 96/2015. LA LEY 10275/2015.

⁴⁰ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 14 de octubre 2015. Nº Resolución 571/2015. LA LEY 143831/2015.

⁴¹ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 28 de enero 2016. Nº Resolución 9/2016. LA LEY 1000/2016.

una medida que se considera normal e incluso deseable. No hay ningún motivo para privarle de compaginar la custodia entre ambos progenitores, siendo una medida favorable a su superior interés.

La STS de 12 de abril de 2016⁴², otorga la custodia compartida a favor de ambos progenitores. Debe prevalecer el superior interés del menor, y como se han modificado las circunstancias tenidas en cuenta al dictarse la sentencia de divorcio, como es el incremento de edad del niño, de 5 años en el momento de la separación, a la actualidad donde tiene 12 años, constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores. Ambos litigantes están capacitados para cuidarle y atenderle, está efectivamente vinculado con los dos y los domicilios están próximos.

Es por todo ello que el Tribunal Supremo, no interpreta la redacción del artículo 92 CC, como una medida excepcional, sino que debe considerarse normal e incluso deseable la custodia compartida, porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con sus dos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que sea posible.

Es interesante en este sentido, la STS de 29 de marzo de 2016⁴³, por la llamada de atención a la AP de Madrid por no conceder el régimen de guarda y custodia compartida en el supuesto analizado. El TS casa y anula la sentencia de la AP de Madrid en fecha 24 de febrero de 2015, que negaba al actor la guarda y custodia compartida de su hijo menor, recordando a este órgano judicial que debe seguir la doctrina marcada por el Alto Tribunal y dice así en su Fundamento de Derecho Segundo, “La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá del desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida”.

La interpretación del artículo 92 CC debe estar fundada en el interés de los menores que

⁴² La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 12 de abril de 2016. Nº Resolución 242/2016. LA LEY 29688/2016.

⁴³ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 2016. Nº Resolución 194/2016. LA LEY 20620/2016.

van a quedar afectados por la medida que se debe tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren los siguientes criterios:

- 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 cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica puede ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.⁴⁴

Sin embargo el Tribunal en su sentencia de 29 de marzo de 2016, explica en su Fundamento de Derecho Tercero, que se trata de supuestos concretos que impiden formular una doctrina concreta: “Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta)”.

Respecto a las relaciones de los cónyuges, en la STS de 22 de julio de 2011⁴⁵, señaló en su Fundamento de Derecho Cuarto, que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes o irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, al interés del menor”. Como también señaló en su STS de 29 de abril de 2013, “Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura

⁴⁴ Castillo, I., “Custodia Compartida según el Tribunal Supremo”. www.mundojuridico.info. 5 de Mayo de 2018, p. 2.

⁴⁵ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 22 de julio 2011. Nº Resolución 579/2011. LA LEY 119736/2011.

afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

7.3.2 Criterios de exclusión de la custodia compartida

La STS de 30 de octubre de 2014⁴⁶, atribuye a la madre la custodia del hijo menor. Considera el Tribunal, que no procede establecer un sistema compartido, aunque ambos progenitores estén capacitados, porque la situación de conflictividad existente entre ellos es perjudicial para el interés del menor, dado que la custodia compartida exige que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que no perturbe su desarrollo emocional del niño y permita adoptar las actitudes y conductas que sean necesarias para que pueda mantener un marco familiar de referencia.

La STS de 4 de febrero de 2016⁴⁷, deniega la custodia compartida a un padre condenado por un delito de violencia de género contra la que fue su pareja y madre de los niños. Prevalece el interés del menor, por la necesidad de un entorno familiar de respeto mutuo. La condena al padre a mantenerse alejado de la madre y a no comunicarse con ella imposibilita el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus hijos. El Juzgado de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda de medidas paternofiliales y atribuyó a la demandante la guarda y custodia de los hijos. La AP de Bizkaia revocó la sentencia y acordó la guarda y custodia compartida de los menores entre ambos progenitores por semanas alternas. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

En relación con lo anterior, en los casos en que exista violencia de género, hay que recordar que la custodia compartida conlleva:

“..tener en cuenta la repercusión evidente de esos hechos y que los hijos viven en un entorno de violencia de género. Los hijos son también víctimas, directa o indirectamente, por extensión de lo que la madre sufre. Es premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al

⁴⁶ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2014. Nº Resolución 619/2014. LA LEY 152551/2014.

⁴⁷ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 2016. Nº Resolución 36/2016. LA LEY 1554/2016.

menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos”.

La STS de 15 junio 2016⁴⁸, la sentencia recurrida establece un sistema de convivencia compartida sin que lo haya requerido ninguno de los litigantes. La custodia compartida ha de ser solicitada por, al menos, uno de los progenitores, sin dicha petición no puede ser establecida por no valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, para decidir teniendo en cuenta el superior interés de los menores. Al no ser procedente la asunción de la instancia por no haber respondido el Tribunal de apelación al recurso en los términos en los que se planteó la controversia, deben devolverse los autos para que éste resuelva el recurso de apelación en los términos planteados. El TS estima el recurso de casación interpuesto y acuerda devolver los autos a la AP para que resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia en los estrictos términos en que se les planteó el debate, que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida.

La STS de 29 de marzo de 2016⁴⁹, se atribuye a la madre la custodia del hijo menor, se desestima la solicitud del padre de establecimiento de un sistema compartido. Aunque ambos progenitores estén capacitados, se ha atendido al superior interés del menor y a la opinión por él expresada, por lo que se pretende un régimen de visitas que encubra dicho régimen.

En relación a ésta última sentencia, cabe mencionar la especial importancia que tendrá para el juez escuchar al menor en caso de tener suficiente juicio, y en todo caso, a los mayores de 12 años, encontramos el marco legal en el artículo 92.6 CC.

⁴⁸ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2016. N° Resolución 200/2016. LA LEY 65858/2016.

⁴⁹ La ley digital. Sentencia Tribunal Supremo, de 29 de marzo 2016. N° Resolución 193/2016. LA LEY 20618/2016.

En el caso particular de los menores próximos a cumplir la mayoría de edad, esto es, a partir de los 16 años, se aplica con mayor intensidad el criterio de la voluntad manifestada por el hijo en la determinación del régimen de custodia que le resulta más adecuado. Y ello porque se les presume un grado de madurez propio de la mayoría de edad legal. En esta línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Valencia, entre otras, en su Sentencia de 12 de mayo de 2014⁵⁰.

7.4 Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. (24/07/2014)

El Anteproyecto de ley, ya ha sufrido algunas modificaciones. Inicialmente se dedicaba al “ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, pero antes de empezar su tramitación, se reforma a los efectos de que contemple, además de los supuestos de ruptura del vínculo o de la convivencia matrimonial, también los de la ruptura de las parejas que mantuvieran análoga relación de afectividad, así como cuando los progenitores vivieren separados y no estuvieren unidos por algún vínculo⁵¹.

De la exposición de motivos se extrae que, el Anteproyecto modifica la regulación del ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de estancia, visita y comunicación con el cónyuge que no convive con ellos, la contribución de los progenitores a las cargas familiares, la atribución del uso de la vivienda familiar y la liquidación del régimen económico matrimonial. Se trata de "cuestiones íntimamente ligadas entre sí, pero sin duda todo gira, se dice, en torno a la guarda y custodia de los hijos, punto central de la presente reforma".

La regulación proyectada recalca la importancia de que los progenitores, en caso de ruptura, pacten "un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, como corresponsabilidad parental", que deberá ser aprobado por el Juez, salvo que los acuerdos contenidos en el mismo sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En caso de controversia, se contempla la posibilidad de que los cónyuges, de común acuerdo o a propuesta del Juez, acudan a la "mediación

⁵⁰ Navarro Gonzalez, C., “Guarda y custodia de adolescentes: Su voluntad como criterio decisor relevante”. Diario la ley N°9154. Sección Tribuna 8 de marzo de 2018. www.diariolaley.laley.es Ed. Wolters Kluwer. p. 2.

⁵¹ Solé Resina, J., “Custodia Compartida. Derecho de los hijos y los padres” (Libro conjunto con Gete-Alonso y Calera, M^a.D.C) Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 100-101.

familiar". De no alcanzarse una solución satisfactoria, "será el Juez quien determine, adoptando sus propias decisiones, cómo debe ejercerse esa corresponsabilidad parental en los supuestos de ruptura", para lo cual el Anteproyecto establece los criterios que deberán seguirse en relación con los diferentes aspectos de las relaciones paternofiliales.

Asimismo, de la exposición de motivos, se extrae, qué debe entenderse por la protección del interés superior del menor, planteando que "debe ser entendida la triple dimensión definida por la Observación General núm. 24 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, distribuida el 28 de mayo de 2013 por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU:

- 1) Como Derecho Sustantivo del menor, que consiste en que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses presentes, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.
- 2) Como Principio General de carácter imperativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.
- 3) Como Norma de procedimiento, con ello se pretende asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor.

Se modifica la redacción del artículo 90, quedando de la siguiente manera:

"1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) Plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, si los hubiera, como corresponsabilidad parental, con inclusión de los acuerdos sobre...⁵²,"

⁵² 1º) La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos. 2º) El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos. 3º) Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente. 4º) El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. 5º) Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación.

Es por ello que, el anteproyecto descarta como excepcional de la custodia compartida, que se deduce de la regulación actual, para pasar a tratarla como una solución que el juez decidirá si es la opción más adecuada al caso, a la luz de las pruebas aportadas. Es por esto precisamente por lo que algunos sectores, critican el anteproyecto por ser poco ambicioso, en tanto en cuanto no plantea la custodia compartida como una modalidad preferente o prioritaria, como sí hacen las Comunidades Autónomas de Aragón y Valencia, como veremos en adelante.

Y se propone la redacción del siguiente artículo 92.bis: “1. El juez podrá acordar, en interés de los hijos menores, que su guarda y custodia sea ejercida por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno. Podrá establecer, a instancia de uno de los progenitores, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos⁵³.”

En relación a lo anterior, reviste especial importancia, la redacción propuesta de art.

⁵³ “2. El Juez...deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno...podrá determinar...un régimen para que los hijos se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas...teniendo siempre presente el interés superior de éstos. 3...antes de acordar el régimen de guarda y custodia...el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario...4. El Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos o a su régimen de estancia, relación y comunicación, deberá prestar especial atención y valorar conjuntamente, en todo caso, la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan entre sí, y la vinculación con sus hijos, la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia, el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; la aptitud, voluntad de implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales; los apoyos con los que cuenten; el número de hijos, y cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia. Además procurará que los hermanos se mantengan juntos...”

92.bis, en su punto 5. “No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriores y singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el Juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

No se atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género por efectuar cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre o provisional firme dictado en el referido proceso penal, será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Tampoco procederá la adopción de tal medida cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

Si se alegasen en la demanda o en el transcurso del procedimiento, hechos o circunstancias relacionados con los párrafos anteriores que se revelasen inciertos, el Juez deducirá testimonio de las acusaciones y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que se determinen las responsabilidades a que haya lugar.

6. Cuando ambos progenitores estuviesen incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez podrá atribuir la guarda y custodia de los hijos a los progenitores, si considera que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos, tras valorar los criterios del apartado 4 y, además, la entidad y gravedad de los hechos, la naturaleza y duración de la pena fijada para el delito y la

reincidencia y peligrosidad de los progenitores. En caso contrario, la atribuirá al familiar o allegado de los hijos que, por sus relaciones y vinculación con ellos, considere más idóneo. En defecto de todos ellos o cuando no fueren idóneos para su ejercicio, se atribuirá a la Entidad Pública que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores. En éstos casos, el Juez deberá pronunciarse sobre la forma en la que los progenitores ejercerán, en su caso, la patria potestad y el régimen de estancia, relación y comunicación con sus hijos, así como sobre las facultades que conceden a los guardadores.

7. El Juez adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen establecido de guarda y custodia de los hijos, y el de estancia, relación y comunicación de éstos con cada uno de sus progenitores o con otras personas.

Si el Juez estableciera la guarda y custodia de los hijos o un régimen de estancia, relación o comunicación respecto de ellos a favor de los progenitores que estuvieren incluidos en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, adaptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los hijos y del otro progenitor, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. También las adoptará cuando la atribución se efectúe por considerar que el delito está prescrito o tras la extinción de la responsabilidad penal del delito cometido⁵⁴.”

Uno de los puntos más discutidos, es el apartado referente a la concesión de la custodia compartida en casos de violencia doméstica. Sobre este tema, es importante tener en cuenta el Informe del Consejo Fiscal de 13 de septiembre de 2013, aconsejando dejar al juzgado un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto reconoce, al entender que la regulación contenida en éste puede generar, a través de respuestas estandarizadas, decisiones injustas y desproporcionadas. Por ello propone la supresión de los apartados 5 y 6 del nuevo artículo 92.bis CC. y el mantenimiento de la cláusula recogida en el apartado 7 del artículo 92 del CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por entenderse “mucho más equilibrada” que la incluida en la

⁵⁴ “8. Las medidas establecidas sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen y comunicación se podrán modificar, limitar o suspender si se dieran nuevas circunstancias o se modificaren las inicialmente consideradas, o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.”

regulación proyectada. También la Asociación de Abogados de Familia argumenta en su informe de 30 de octubre de 2013, que la exclusión de la guarda y custodia en caso de violencia doméstica o de género no debería ser automática, siendo el juez quien debería valorarlo caso a caso como establece el actual artículo 92.5 CC⁵⁵.

En mi opinión, el legislador pretende con la redacción del apartado 5 y 6 del artículo 92.bis, endurecer en casos de violencia doméstica o de género, las consecuencias de atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Sí debe poder dar una respuesta automática nuestro ordenamiento jurídico cuando se producen casos de violencia en el seno familiar, porque si dejamos en manos de los jueces la decisión, partimos de la hipótesis de la ponderación de dichos actos, algo inadmisibles en este contexto. Pues como se deja claro en el punto 5, serán los condenados por sentencia firme, aquellos a los que se les podría entender aplicada de forma automática, la imposibilidad de ejercer la guarda y custodia, individual o conjunta. Algo lógico desde el punto de vista del interés superior del menor y en este caso también del cónyuge o pareja. Pues ¿cómo sería posible pensar que beneficia a la víctima o víctimas, de alguna manera estar bajo la custodia de su agresor?. Que la custodia compartida sea una solución deseable, sólo establece un camino hacia un modelo de convivencia, que si se dan los requisitos adecuados, puede ser la mejor solución a la crisis familiar, pero siempre en un entorno libre de violencia. Se puede considerar también que el legislador intenta disuadir de este tipo de actos, a los agresores, pues la consecuencia inmediata será el alejamiento de su familia.

No obstante, deja el punto 5 la posibilidad al juez de decidir modificar las medidas adoptadas, cuando se extinga la responsabilidad penal, y cuando la sentencia sea absolutoria o el sobreseimiento libre o provisional firme dictado en el referido proceso penal. Se sigue dotando al Juez de poder de decisión cuando advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios de la comisión de este tipo de delitos, siempre que no estuvieran prescritos. Y por último si se alegasen hechos o circunstancias, que se demostraran inciertos, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se determinen las responsabilidades. Por lo que no estoy de acuerdo en que se trate de una decisión “poco equilibrada”.

⁵⁵ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 107.

Otro de los aspectos controvertidos del anteproyecto, es la posibilidad de concesión de Custodia compartida cuando ninguno de los dos progenitores la solicite. Así mientras que el Consejo Fiscal ha entendido acertada esta decisión, el Informe del Consejo General de Poder Judicial de 23 de septiembre de 2013 entiende que “puede originar situaciones problemáticas”, habida cuenta del criterio jurisprudencial hasta ahora imperante, la custodia compartida podrá ser establecida por el Juez sin que ninguno de los progenitores lo solicite, sin tener en cuenta que ese dato deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto de cooperación para que resulte exitoso” y que “difícilmente puede revertir en interés de los hijos ni servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las funciones de la guarda y custodia”⁵⁶.

En la misma línea el Consejo de Estado, en su Informe de 24 de julio de 2014, defiende que la atribución de la guarda y custodia compartida, cuando ninguno de los progenitores lo haya solicitado, sólo puede entenderse razonablemente justificada cuando sea la única opción posible para proteger adecuadamente el interés superior de los hijos, de ahí que comparta el carácter excepcional que a esta decisión se le atribuye el Anteproyecto. Señala que el contenido del proyectado art. 92.bis CC ha de interpretarse en el sentido de que “la excepcionalidad del supuesto estriba en que la guarda y custodia compartida podrá adoptarse sin que ninguno de los progenitores lo pida y no en que, como entienden el Consejo General del Poder Judicial y este Consejo de Estado, dicho modelo sea la única manera de proteger adecuadamente el interés superior de los hijos. Por tal razón, debería sustituirse “si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos” por “si solo de esta forma se protege el interés superior de los hijos”. Añade también que debería excluirse en el anteproyecto la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores estén de acuerdo en atribuir la guarda y custodia en exclusiva a uno de ellos o cuando alguno de los progenitores muestre su negativa a asumir la guarda y custodia.

De otro lado, el Consejo del Poder Judicial valora positivamente la incorporación en el segundo párrafo del proyectado artículo 92.4.bis CC en un “listado de circunstancias” a las que el Juez deberá prestar especial atención para establecer el régimen de guarda y custodia y de estancia, relación y comunicación de los hijos con el progenitor no

⁵⁶ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 107.

conviviente y con parientes y allegados⁵⁷.

La custodia compartida debería contemplarse como el régimen general a aplicar en beneficio del interés superior del menor, pues con toda probabilidad ello incidiría, también en el comportamiento y actitud de los progenitores respecto de sus hijos durante la convivencia, esto es, antes de la crisis de pareja, ya que desde el principio se podría tener presente que, al margen de los pactos expresos o tácitos existentes entre los progenitores con relación a la forma de organizar la atención a los hijos constante la convivencia, la responsabilidad y dedicación exigible después de la ruptura es por regla general la misma para ambos progenitores, cosa que fomentaría la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsables en beneficio del menor⁵⁸.

8- Normativa autonómica

8.1 Cataluña

Fue la Ley 12/1996, la que reguló por primera vez en el ordenamiento jurídico catalán las relaciones de potestad entre los progenitores y sus hijos, con a mirada puesta, según dice el preámbulo, en la futura elaboración del Código de Familia de Cataluña. La ley 9/1998 de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña refundó la Ley 12/1996 y reguló por primera vez en el derecho catalán, de forma global, los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial. A su vez, el Código de Familia de Cataluña derogado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, por el que se aprobaba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, introdujo cambios significativos en la regulación de la guarda de los menores tras la ruptura de la convivencia de sus padres⁵⁹.

La ley 12/1996, de 20 de julio, de la potestad del padre y de la madre, introdujo un cambio significativo al suprimir el término patria potestad, y sustituirlo por el de potestad del padre y de la madre. Es la consecuencia del rechazo del principio de la autoridad del padre como una potestad autoritaria, en la línea de la *patria potestas* romana, y su transformación en el derecho moderno en un derecho-función en beneficio de los hijos, cuyo ejercicio corresponde tanto al padre como a la madre, que se

⁵⁷ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 108.

⁵⁸ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 110.

⁵⁹ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 113.

caracteriza por los deberes de protección y asistencia respecto a los hijos. Otro de los cambios es la sustitución del término régimen de visitas, por régimen de relaciones y el abandono del término custodia⁶⁰.

Se proclamaron como principios generales en el art. 2 de la ley 12/1996, en primer lugar, “que la potestad constituye una función inexcusable y se ejerce en el marco del interés de la familia y en beneficio del hijo para facilitar el desarrollo de su personalidad”, en segundo lugar, “que antes de tomar decisiones que le afecten al padre y la madre deben informar y escuchar al hijo de doce años o más, y al menos de doce si tienen suficiente conocimiento” y en tercer lugar, “que las limitaciones de la capacidad de obrar de los hijos menores de edad deben interpretarse de forma restrictiva”.

Se distinguía también, entre titularidad y ejercicio de la potestad, regulaba las relaciones personales de los hijos con los padres y otros parientes, y fijaba los criterios para determinarla y el contenido de las disposiciones que se pueden adoptar. Y mantenía el principio del ejercicio conjunto del padre y de la madre de la potestad del hijo o el ejercicio de uno de ellos con el consentimiento del otro, a la vez que se aceptaba el carácter indistinto para los actos ordinarios y usuales y respecto a terceros de buena fe, y de los actos que sean de necesidad urgente⁶¹.

En la ley 9/1998 de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña (CF), en el título VI, se regula la potestad del padre y de la madre de acuerdo con la Ley 12/1996, de la potestad del padre y de la madre que refunde.

El título III del CF, regula los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial en los artículos 76 a 86, refiriéndose a las medidas definitivas que se tomarán mediante convenio regulador o decisión judicial, aunque no regula las medidas previas ni provisionales, por lo que, en esta materia siguen siendo aplicables en Cataluña los art. 102 a 106 CC⁶².

Respecto al contenido mínimo que debe contener el convenio regulador, hay que ver lo que recoge el art. 76 del CF, que entre otras medidas, establece con quienes han de convivir los hijos, el régimen de visitas, de estancia y comunicación con el progenitor

⁶⁰ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 113.

⁶¹ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 114.

⁶² Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 115.

con el que no convivan. Y la forma como ha de ser ejercida la potestad de los hijos, en los términos que establece el artículo 139.

Asimismo, no contempla el Código de Familia expresamente los modelos posibles de guarda, sea individual o compartida, pero tampoco se excluye a ninguno.

La ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña (CCCat), relativo a la persona y a la familia, deroga el CF y dedica los art. 233-8 a 233-13 a regular el cuidado de los hijos después de la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial, aplicándose también a los hijos no matrimoniales, regulado en el artículo 234-7 CCCat.

En concreto en el libro segundo del CCCat se tratan los siguientes aspectos: la responsabilidad parental, el plan de parentabilidad, el ejercicio de la guarda, los criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda, las relaciones personales con los abuelos y hermanos, y la supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo.

El término custodia, se sustituye definitivamente por el de guarda, el régimen de visitas, por el de relaciones personales, y ya no se habla de la potestad del padre y madre, para hablar de la potestad parental referida a los progenitores (que pueden ser dos padres o dos madres).

También es significativo, el contenido de la potestad que recoge el artículo 236-17.1 CCCat que establece que “los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. Los progenitores también tienen el deber de administrar el patrimonio de los hijos y de representarlos”.

En relación a ello, podemos entender el término responsabilidad, no en el sentido de reparar un daño que nace del incumplimiento, sino con el significado de capacidad de un sujeto para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente, que se ha de predicar de ambos progenitores.

También el Libro II, nos dice que la potestad debe ejercerse, por regla general, conjuntamente por ambos progenitores, y que la ruptura no debe afectar a ese ejercicio. Así como lo encontramos regulado en el art. 233-8: “1. La nulidad del matrimonio,

divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia los hijos de acuerdo con el art. 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida que sea posible, se deben ejercer conjuntamente⁶³. 2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el art. 233-9. 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor”.

Es importante tener en cuenta también, lo dispuesto en el art. 236-11 CCCat relativo al ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada, que dice: “1. Si los progenitores viven separados, pueden acordar mantener el ejercicio conjunto de la potestad parental, delegar su ejercicio a uno de ellos o distribuirse las funciones de acuerdo con lo que establece el artículo 236-9.1.2. Los progenitores pueden someter los acuerdos a que se refiere el apartado 1, así como el plan de parentabilidad que hayan convenido, a aprobación judicial... 2. Los acuerdos de delegación o distribución, si no han sido incorporados a un convenio regulador aprobado judicialmente, deben formalizarse en escritura pública y pueden revocarse en cualquier momento mediante una notificación notarial. 3. En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la potestad parental, cualquiera de los progenitores puede recurrir a la autoridad judicial, que debe decidir habiendo escuchado al otro progenitor y a los hijos que hayan cumplido doce años o que, teniendo menos, tengan suficiente juicio.4. Las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente con él, o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido. 5. El progenitor que ejerce la potestad parental, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual y para realizar actos de administración extraordinaria de sus bienes...”

Respecto al plan de parentabilidad, se encuentra regulado en el artículo 233-9 CCCat,

⁶³ Se modifica el apartado 1 por la disposición final 2.21 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero. Entrando en vigor el 01/01/2018. Ref. BOE-A-2017-2466

que debe concretar: “1...la forma en que ambos progenitores ejercerán las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. 2. En las propuestas de plan de parentabilidad deben constar los siguientes aspectos: a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente...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...d) El régimen de relación y de 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...señaladas...f) El tiempo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre...g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, 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. 3. Las propuestas de plan de parentabilidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos”.

Encontramos en el Preámbulo de la Ley 25/2010, que “Se estima que, en general, la coparentabilidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. 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. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han adoptado normas en esta dirección. Eso no impide, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Por ello, se entiende que el Libro II aporta una serie de criterios que deben ponderarse de forma conjunta para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda⁶⁴”.

Podemos entender que el legislador catalán, sí pondera una serie de criterios, en el art. 233-11 del CCCat se desprenden algunos, que se establecen para la determinación del

⁶⁴ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 121.

régimen y la manera de ejercer la guarda:

“1...es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentabilidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderadas conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
- d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
- e) La opinión expresada por los hijos.
- f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adaptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.

3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.

En relación a este último punto, encontramos la Sentencia de 12 de abril de 2007, de la AP de Barcelona⁶⁵, en su Fundamento de Derecho Segundo, donde se expone que la condena de un delito de lesiones leves “con la prohibición de aproximación y comunicación entre los padres de la menor, hace inviable la posibilidad de una guarda y

⁶⁵ CENDOJ. Audiencia Provincial de Barcelona, 12 de abril de 2007. N° Resolución 279/2007.

custodia compartida, además de ser inaplicable tal medida por aplicación del art. 92.7 CC, que impide la adopción de tal medida cuando se ha atentado contra la integridad física del otro progenitor”.

Se hace evidente la imposibilidad de poder ejercer de manera eficaz la custodia compartida, por la exigencia de una relación de entendimiento y respeto que no existe entre los progenitores, si alguno de ellos se encuentra condenado con sentencia firme o existen indicios suficientes de violencia doméstica.

Se extraen de muchas sentencias, los criterios por los que el tribunal escoge un tipo u otro de custodia. Un ejemplo de ello, lo encontramos en la Sentencia de 22 de mayo 2014, del TSJ de Cataluña⁶⁶, en su Fundamento de Derecho Segundo 1. Que deniega la custodia compartida “al discutir la concurrencia de varios de los criterios previstos en el art. 233-111 CCCat, que el tribunal estima concurrentes en este caso, por lo que se refiere a la colaboración y entendimiento de los progenitores en el cuidado de sus hijas menores, a la disponibilidad horaria del actor para atenderlas, a la normalidad de la relación de las mismas con los hijos de la nueva pareja del padre, y al supuesto deseo expresado por las menores de no alterar el sistema de custodia.”

8.2 Comunidad Foral de Navarra

Con la Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo, de custodia de hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, volvemos a ver la existencia de una serie de condiciones para el otorgamiento de la custodia individual o compartida.

En el Preámbulo se expone que “la regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica excepcional en los supuestos en lo que no medie acuerdo de los padres...La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, aportando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.”

Dispone el artículo 3: “1. En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda

⁶⁶ CENDOJ. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 22 de mayo de 2014. Nº Resolución 36/2014.

y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

2. En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

3. El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya prestado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos; b) La relación existente entre los padres y, en especial la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas; c) El arraigo social y familiar de los hijos; d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia...5. Si decide la custodia compartida, el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptando a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.

7. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

8. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurrido 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 progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez

advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.”

Observamos que tanto el legislador catalán, y como veremos a continuación el aragonés, coinciden con el navarro a la hora de determinar los factores a los que deberá atender el juez para decidir sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos, así como no separar a los hermanos en la medida de lo posible.

De la redacción de la ley no se puede concluir que se establezca preferencia alguna por un modelo u otro de custodia, será el juez quien deberá decidir acerca de ella.

Un ejemplo de la no separación de los hermanos, en caso de ser posible, lo hallamos en la sentencia del TSJ de Navarra N° 293/2002, de 30 de septiembre de 2003⁶⁷. El juzgado de primera instancia había otorgado la custodia basándose en las medidas provisionales acordadas en su día, atribuyéndole a la madre la custodia de la hija, y al padre del hijo. Alegando la ley gitana, que entiende el tribunal, en ningún caso debe ser considerada como costumbre, al no poseer el carácter territorial que exige la misma. En la AP tras la alegada infracción del art. 92 del CC, la Audiencia entiende y describe en su Fundamento de Derecho Cuarto, que “tras ponderar en detalle las circunstancias...lo más conveniente para los menores es la atribución de su guarda y custodia a la madre”. Por lo que el TSJ entiende que no hay lugar para el recurso de casación y certifica la resolución de la AP.

8.3 Aragón

El Código Civil de Aragón refundió la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, vigente hasta el 23 de abril de 2011, que otorgaba prioridad a la custodia compartida, frente a la custodia individual, en los supuestos de ruptura de la convivencia y ausencia de pacto.

⁶⁷ CENDOJ. Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 30 de septiembre de 2003. N° Recurso: 293/2002.

En la Exposición de Motivos de la ley 2/2010 se exponía que “Los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guarda y custodia compartida de los hijos comunes....la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación el régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores”.

Por otro lado, del análisis del art. 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone que a falta de pacto entre los progenitores, el juez adoptará con carácter preferente, la custodia compartida en interés de los hijos. Y dice así, “1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Resulta especialmente relevante por la preferencia de la modalidad de custodia compartida, que difiere del legislador catalán o navarro, quienes no se decantan expresamente por ella, es el punto 2 del referido art. “El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier

otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia⁶⁸.”

5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

Ejemplo de la prioridad del sistema de guarda y custodia compartida, que otorga la legislación aragonesa, es la sentencia del TSJ de Zaragoza, del 15 de febrero de 2018⁶⁹, en la que se concedió la custodia individual a la madre en primera instancia, por lo que el demandante recurre a la AP donde se reitera el fallo de la anterior sentencia que adjudicaba la custodia a la madre. Finalmente, recurre en casación al TSJ AR, donde expone el Tribunal en su Fundamento de Derecho Tercero, que “La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido en constante doctrina que el régimen de custodia compartida lo establece el legislador aragonés como el que *prima facie* debe fijarse para los casos de crisis de convivencia de los progenitores...pues el art. 80.2 del CDFFA ordena con claridad que, el juez adoptará de forma procedente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente...sirvan como ejemplo de la doctrina indicada, algunas resoluciones anteriores, SSTSJA N° 27/16 de 14 de septiembre, N° 13/2011 de 15 de febrero 2011, 4/2012 de 1 de febrero, 39/2012 de 27 de noviembre, 35/2013 de 17 de julio, en relación a que salvo que se acredite que

⁶⁸ 3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores. 4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

⁶⁹ CENDOJ. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, 15 de febrero de 2018. N° Resolución 5/2018.

la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor, véase al respecto el recurso de casación 41/2013 de 4 de marzo de 2014, y la 17/2015 del 17 de septiembre de 2015...” Finalmente el TSJ concede la custodia compartida, siguiendo con la doctrina mencionada.

8.4 Comunidad Valenciana

La Comunidad Valenciana, también quiso aprobar su propia ley para regular la guarda y custodia de los hijos, en caso de ruptura de la convivencia familiar, tanto matrimonial como no matrimonial. Lo hizo a través de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas, tras la ruptura de la convivencia de sus padres. También en este caso se incluían los supuestos de ruptura de la convivencia matrimonial y no matrimonial.

Generó desde su promulgación, un debate acerca de su constitucionalidad, en el sentido de considerar o no competente a la Generalitat Valenciana, para legislar sobre este asunto. Algo que desarrollaremos a continuación.

Dicha ley otorgaba prioridad a la custodia compartida frente a la individual y atribuía a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que fuera obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos⁷⁰.

El preámbulo decía lo siguiente, “La preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar, viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la CDN.

El legislador autonómico valenciano ya fue sensible a esta demanda social cuando promulgó la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana. En su art. 22 configuró el

⁷⁰ Solé Resina, J., “*Custodia Compartida. Derecho...*” Op. Cit., p. 127.

sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la presente ley en los siguientes términos: “1. Principio de coparentalidad: Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses. 2. Derecho de cada menor a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos. 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular. 4. Derecho de cada menor a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados. 5. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.

Se pretendían conjugar dos principios, por un lado, el derecho de los hijos e hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores, y por otro, el derecho-deber de los progenitores, a proveer la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación.

El art. 5 de la ley disponía lo siguiente: “1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del art. 4 de esta ley. 2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos⁷¹.”

⁷¹ 3. Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores...la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores: a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional... b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos. 4. La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su

6. Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando 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 progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género...”.

Sobre la inconstitucionalidad de la ley, el Presidente del Gobierno, interpuso Recurso de Inconstitucionalidad 3859-2011, respecto a la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

La derogación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas, tras la ruptura de la convivencia de sus padres, era cuestión de tiempo pues, desde que se derogó la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (LREMV), por sentencia número del Pleno del TC de 28 de abril de 2016, así como la Ley la 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana (LUHFCV), por sentencia del Pleno del TC de 9 de junio de 2016, aunque ésta sólo parcialmente, la Ley 5/2011, de 1 de abril, estaba condenada a seguir el mismo camino, ya que los fundamentos y alegaciones contenidos en el recurso de inconstitucionalidad, así como el razonamiento del TC en sus diferentes sentencias, han mantenido el mismo criterio⁷².

interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores. 5. La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.

⁷² “Aspectos básicos de la ley valenciana de Custodia Compartida” Contreras Romero, J., Ed. Tirant Lo Blanch, 2017. P. 41.

La STC N° 192/2016, de 16 de noviembre de 2016⁷³, declaró inconstitucional la Ley 5/2011, de 1 de abril, argumentando la vulneración de las competencias legislativas atribuidas a la CE, en su art. 149.1.8 “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”. Entendía que el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, no habilitaba en su artículo 49.1.2 referente a la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano a legislar cualquier materia sobre derecho civil, amparándose en unos fueros extintos e inconexos al derecho foral, codificado o consuetudinario, existente al momento de promulgar la CE.

El Pleno del TC, comenzaba su argumentación con alusión a los razonamientos ya esgrimidos previamente para tumbar la LREMV y la LUHFCV. En primer lugar, establecía que la competencia autonómica en materia de derecho civil foral valenciano “tenía su origen en la transferencia efectuada por la Ley Orgánica de Transferencia a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal (LOTRAVA), pero en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el art. 149 CE, por lo que la competencia autonómica se debía situar necesariamente en el marco del art. 149.1.8 CE”⁷⁴.

En segundo lugar, limitaba la expresión de derecho foral o especial, y la expresión “allí donde existan” del art. 149.1.8, a la preexistencia del mismo a la entrada en vigor de la CE de 1978, mediante norma positiva o consuetudinaria, argumento que compartía con el abogado del Estado, “sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior”, lo que se podría tildar de una interpretación reduccionista y restrictiva. Por lo que, sin dar más rodeos, resolvía que la reforma del Estatuto operada en 2006, “no podía conducir a modificar esta interpretación derivada del tenor de la norma constitucional”, puesto que no se acreditaba por la Generalitat que, a tiempo de

⁷³ BOE. N° 311, de 26 de diciembre de 2016. P. 90660.

⁷⁴ “Aspectos básicos de la ley valenciana...” Op. Cit. Contreras Romero, J., Ed. Tirant Lo Blanch, 2017. P. 43.

promulgar la CE de 1978, existiese norma consuetudinaria en vigor relacionada con la materia objeto de la Ley 5/2011, de 1 de abril, esto es, las relaciones paterno-filiales, ni tampoco ninguna materia conexas autonómica, vetando así a la Comunidad Valenciana a “crear un Derecho civil ex novo”.

En consecuencia, el TC declara la inconstitucionalidad y nulidad de todo el articulado de la Ley 5/2011, de 1 de abril⁷⁵.

La sentencia contaba con el voto particular del Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos⁷⁶.

En la STC Nº 192/2016, de 16 de noviembre de 2016, en su Fundamento Jurídico Quinto, especificaba “En cuanto al alcance de nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad debe precisarse que no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores, independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor. Asimismo, conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente resolución.

Por todo lo cual, los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de esta Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC”.

⁷⁵ “Aspectos básicos de la ley valenciana...” Op. Cit. Contreras Romero, J., Ed. Tirant Lo Blanch, 2017. P. 44.

⁷⁶ Igual que hizo con la LREMV y la LUHFCV, defendió la tesis de la constitucionalidad de la Ley 5/2011 amparándose en tres cuestiones: “1. La competencia en materia legislativa civil se encuentra reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana de 2006. 2. Los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía. 3. Aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunitat Valenciana puede regular esta materia”.

8.5 País Vasco

El día 12 de abril de 2011 se presentó en el Parlamento Vasco la iniciativa legislativa popular de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a su cargo o parejas sin hijos, conocida por “Ley de custodia compartida”. Dicha iniciativa, acompañada de más de 85.000 firmas, venía a traer a sede parlamentaria el debate ampliamente extendido en el País Vasco en torno a la custodia compartida y otras consecuencias de las rupturas de pareja. Dio lugar a la aprobación de la Ley 7/2015 de 30 de junio.

Como extraemos del Preámbulo, "según la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, las comunidades autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial propio, como es el caso de la Comunidad Autónoma vasca, pueden legislar sobre instituciones conexas con las ya reguladas, según los principios informadores peculiares del Derecho foral y dentro de una actualización o innovación de los contenidos de éste, en el marco de la CDN y la búsqueda de satisfacer siempre, como principio rector, el interés superior del menor, del mismo modo que lo han hecho las demás comunidades autónomas con Derecho civil foral propio. En el caso concreto de Euskadi, el art. 10.5 del Estatuto de Autonomía establece como una de sus competencias exclusivas la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial”.

En el art. 8 encontramos lo relativo a la patria potestad, que nos dice se ejercerá de “forma conjunta por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio y en interés de los hijos e hijas. Aunque será el juez, quien excepcionalmente podrá decidir en beneficio de los hijos e hijas que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores. Asimismo, el juez podrá acordar en sentencia la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”.

En cuanto a la guarda y custodia de los hijos, la redacción del art. 9 está en la línea del resto de comunidades autónomas con legislación propia al respecto. “1. Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos. Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las

formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados”.

Comparte la doctrina del TS, en tanto en cuanto “2. La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor”. Y “3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias:

a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores. b) El número de hijos e hijas. c) La edad de los hijos e hijas. d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años. e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados. f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo. g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas. h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes. i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuentan. j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia⁷⁷.

5. En los casos de custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los miembros de pareja con los hijos e hijas, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y obligaciones en

⁷⁷ 4. Antes de adoptar su decisión, las partes podrán aportar, o el juez, de oficio o a instancia de parte, recabar informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los y las menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de estos con el progenitor no conviviente u otras personas.

igualdad⁷⁸.

7. Salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y hermanas”.

Por consiguiente, el País Vasco, en desarrollo de las competencias estatales cedidas, con el poder que le otorga el régimen foral, ha legislado como el resto de comunidades autónomas, en el mismo sentido que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

9- Conclusiones

Parece lógico pensar que la custodia compartida, se está convirtiendo en el nuevo modelo de familia, cuando se rompe la convivencia. Desde un punto de vista jurídico la evolución jurisprudencial acaecida en los últimos años, junto con la legislación autonómica y propuestas como el Anteproyecto de Ley, hacen pensar que tanto el poder judicial como el legislativo, tienen claro que el camino es convertir la custodia compartida, en la regla general, tras las crisis familiares.

Tanto la normativa internacional, como nacional y autonómica, coinciden en lo beneficioso que resulta para el mejor interés del niño, que se implante este modelo. Pues el menor no se desvincula ni emocional, ni vivencialmente, de sus padres. Aunque pese a la ruptura, se crea una figura jurídica, que de alguna manera, pretende crear una ficción de la situación anterior, pero que no es real, por haberse producido la separación de la convivencia familiar.

Tras finalizar el análisis, sigo teniendo la misma sensación que cuando decidí hacer el trabajo sobre la custodia compartida.

No puedo pensar que sea mejor o peor, que la custodia individual, y con ello decantarme por que la custodia compartida, deba ser una solución excepcional o preferente, si más bien deseable, coincidiendo en ello con la doctrina del Tribunal Supremo. Pues sólo si se dan requisitos que hacen llevable el modelo, es decir, si los

⁷⁸ 6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este supuesto podrá fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paternofiliales así como, en su caso, con la familia extensa.

padres tienen buena predisposición hacia él, y por ello se implican y comprometen a llevarlo a cabo, si ambas casas están lo suficientemente cerca, como para no trastornar los horarios del niño, si padre y madre, tienen horarios que concilien vida familiar y laboral, y entorno que les apoye, entonces parece que se realizará con éxito.

Los niños no quieren tener que verse obligados a elegir, ya es suficientemente doloroso para ellos, que sus padres no quieran vivir juntos, como para encima tener que decidir algo, que parece lógico, debe ser una decisión adulta.

La sociedad ha debatido mucho al respecto, teniendo posturas bastante enfrentadas en algunos sectores, representados por algunas asociaciones. Llevando el debate hacia posiciones algo distorsionadas, de cómo surgieron las reivindicaciones, de custodia compartida, que en su origen reivindicaban una mayor implicación de los padres varones en la familia.

La introducción de la mujer en la vida laboral, la cada vez más independencia económica de ellas, y la posibilidad de separarse sin que tenga consecuencias punibles desde el ordenamiento jurídico, hace que esas conquistas, lógicamente se trasladen a la situación que se produce tras esa separación.

Sin embargo, algunos sectores feministas, ven amenazada la relación materno-filial, a veces muy denostada bajo el paraguas del nuevo machismo, que intenta menospreciar, o simplificar el vínculo natural, que se da entre madre e hijo.

El contraataque, es que los hombres quieren liberarse del pago de las prestaciones alimenticias, que en muchas ocasiones, son un verdadero obstáculo para continuar con el desarrollo de sus vidas.

No puedo estar demasiado de acuerdo, en los argumentos que tratan de equiparar, la necesidad de tener que atender al especial interés del menor, con la igualdad de los progenitores. La igualdad de géneros, es un concepto demasiado amplio y controvertido, que no voy a entrar a valorar por no ser objeto de este trabajo. Sin embargo, en el preámbulo de todas las leyes, incluso del Anteproyecto de ley, se habla de ello de una manera u otra.

Desde mi punto de vista, que la custodia sea concedida individualmente a cualquiera de los progenitores, no infringe ningún principio constitucional, como cabría pensar, por ejemplo que atenta contra los art. 14, 24 o 39 de la CE, principios de igualdad y no discriminación por sexo, pues los requisitos tipificados tanto en el CC, como en las leyes autonómicas e incluso en la doctrina jurisprudencial del TS, llevan a pensar que están bastante bien delimitadas las posibilidades de concesión de la custodia compartida. Y siempre atendiendo a la supremacía del interés del menor, necesitado de protección estatal, consagrado en la CE, CND, la Declaración de los Derechos Humanos, la Ley de Protección Jurídica del Menor, entre otras.

Alejándonos de roles, sí podemos trazar un camino hacia la igualdad, en cuanto a la corresponsabilidad parental se refiere, pero los vínculos materno-filiales son distintos a los paterno-filiales, aunque igual de necesarios para el desarrollo y crecimiento saludable de los niños.

Lo que es indiscutible, es que en la actualidad existe un debate convulso, a veces doloroso y que los menores son los más perjudicados. Quizá con el tiempo, y siguiendo este camino, de considerar la custodia compartida, la opción más beneficiosa, poco a poco, se traslade este modelo post ruptura, a la vida conjunta, y de esta manera, podamos hablar de una igualdad real y efectiva. Y superar modelos y esquemas familiares del pasado, para avanzar conjuntamente como sociedad.

10- Bibliografía

“La Custodia Compartida en España”. Diego Becerril y Mar Venegas (Coordinadores). Editorial Dykinson S.L.

“Custodia Compartida. Derechos de los hijos y de los padres”. Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera y Judith Solé Resina. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

“El Convenio Regulador y su aplicación práctica”. Cristobal Pinto Andrade. Editorial Bosch.

“Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil”. Martín Garrido Melero. Editorial Marcial Pons.

“Aspectos Psicológicos y Jurídicos de la Guarda y Custodia de los Hijos”. Miguel Clemente Díaz. Editorial Síntesis.

“Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI”. Carlos Lasarte. Editorial Marcial Pons.

“Derecho Civil IV (Derecho de Familia)”. José Ramón de Verda y Beamonte (Coordinador). Editorial Tirant Lo Blanch.

“Aspectos Básicos de la Ley Valenciana de Custodia Compartida”. Jonathan Contreras Romero. Editorial Tirant Lo Blanch.

“Diccionario Jurídico”. Juan Manuel Fernández Martínez. Editorial Thomson Aranzadi.

“Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores adaptada a casos de violencia de género”. Aránzazu Bartolomé (Tutor). Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.

“Estudio de Derecho Comparado sobre la Regulación de la Custodia Compartida” Rosa Pérez-Villar Aparicio (Coordinadora). Autoras: Isabel Aramburu Muñoz. Mercedes Chato Franco. www.amecopress.net 10 de Junio de 2018.

“Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”. Belén Casado Casado. Diario la Ley Nº 9177, de 13 de abril de 2018. Editorial Wolters Kluwer. La Ley 2713/2018.

“Aspectos generales de la guarda y custodia compartida”. Fabiola Lathrop. Esta doctrina forma parte del libro “Custodia Compartida de los hijos” Editorial LA LEY, Madrid, Septiembre de 2018. La Ley 4058/2010.

“Custodia Compartida y corresponsabilidad parental”. Aproximaciones jurídicas y sociológicas. Fabiola Lathrop. Diario La Ley Nº 7206, Sección Doctrina, 29 de junio de 2009, Ref. D-231, Editorial LA LEY. 12921/2009.

“La guarda y custodia compartida en los Tribunales antes y después de 2005”. María Pérez Galván. LA LEY, Derecho de Familia, Nº 11, Tercer trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 5719/2016.

“Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales”. LA LEY Derecho de Familia, 4 de Mayo de 2015, Editorial LA LEY, ISBN-ISSN: 2341-0566. LA LEY 3326/2015.

“Guarda y custodia en adolescentes: su voluntad como criterio decisor relevante” Carolina Navarro González. Diario La Ley, N° 9154.

