

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GRADO EN DERECHO PRESENCIAL



**“LA CUSTODIA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR”**

TRABAJO FIN DE GRADO

Convocatoria de junio de 2020

Autor: Alba Almenara Albaladejo

Tutor: Jesús Morant Vidal

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto de estudio el régimen de custodia de los menores de edad no emancipados tras la ruptura del matrimonio o pareja. Interpretando las normas de que regulan la figura en la actualidad y el estudio de su evolución, lo cual ha ido sucediendo a medida que la sociedad ha ido requiriendo que realidad jurídica y las normas que regulan la institución se adapten a la realidad social y personal de los ciudadanos. Teniendo siempre presente el interés superior del menor, el cual es el principal protagonista de esta institución

Palabras clave: guarda y custodia, patria potestad, corresponsabilidad parental, Convenio Regulator, proceso contencioso, interés superior del menor, Juez, Ministerio Fiscal.

Abstract: The present work has as object of study the custody regime of underage emancipated minors after the breakdown of the marriage or couple. Interpreting the norms that regulate the figure at present and the study of its evolution, which has been happening as society has been requiring that the legal reality and the norms that regulate the institution adapt to the social and personal reality of the citizens. Always keeping in mind the best interests of the minor, who is the main protagonist of this institution.

Keywords: guard and custody, custody, parental responsibility, Regulatory Agreement, contentious process, best interests of the minor, Judge, Fiscal Ministry.

ÍNDICE

I. Abreviaturas	pág. 5
II. Introducción	pág. 6
III. Evolución histórica	pág. 8
IV. Conceptos básicos	pág. 14
1. Patria Potestad	pág. 14
2. Guarda y Custodia.....	pág. 17
3. Corresponsabilidad Parental.....	pág. 19
V. Tipos de custodia	pág. 21
1. Custodia monoparental	pág. 23
2. Custodia compartida	pág. 23
3. Custodia repartida entre progenitores	pág. 25
4. La custodia ejercida por terceros	pág. 25
VI. Criterios de atribución de la custodia	pág. 26
1. Criterios comunes para ambos regímenes	pág. 26
1.1. Interés superior del menor	pág. 27
1.2. Voluntad de los menores con suficiente madurez	pág. 28
1.3. Relación entre menores y sus padres. Aptitudes personales	pág. 31
2. Criterios para la atribución de la custodia monoparental	pág. 32
2.1. No separación de los hermanos.....	pág. 32
2.2. La edad de los menores	pág. 32
2.3. Lugar de residencia	pág. 33
2.4. La disposición de conciliación de los progenitores.....	pág. 36
3. Criterios para la atribución de la custodia compartida	pág. 37
3.1. Respeto mutuo de relaciones personales entre progenitores.....	pág. 37

3.2. El resultado de los informes legalmente exigidos.....	pág. 38
VII. Legislación Autonómica de la custodia compartida	pág. 39
1. Derecho Foral Aragónés	pág. 39
2. Derecho Foral de Navarra	pág. 40
3. Derecho Foral de Cataluña	pág. 41
4. Derecho Foral de País Vasco	pág. 43
5. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Comunidad Autónoma de Valencia.	pág. 43
VII. Criterios excluyentes de la atribución de la custodia.....	pág. 46
IX. Efectos de la custodia	pág. 46
1. Régimen de visitas.....	pág. 47
2. Atribución del domicilio familiar.....	pág. 48
3. Pensión de alimentos.....	pág. 48
X. Conclusiones	pág.49
XI. Bibliografía	pág. 51

I. ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
LO	Ley Orgánica
RD	Real Decreto
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidad Autónoma
UE	Unión Europea
TS	Tribunal Supremo <i>Miguel Hernández</i>
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
KM (s)	Kilómetro (s)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
CDCFN	Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra
CCCat.	Código Civil Catalán

II. INTRODUCCIÓN

A consecuencia del avance de la sociedad y sus valores, hoy en día cuando una relación de pareja o un matrimonio entra en estado de crisis existe la posibilidad de separación, para ambos casos y divorcio o nulidad para los en casos de matrimonio, situaciones que están más que normalizadas en la actualidad, siendo impensables hace unas décadas, dado que el devenir de la sociedad y la forma de vivir y el concepto de familia se encontraba idealizado de una forma totalmente diferente.

En relación, a esta nueva concepción de la realidad de las parejas y las familias, cuando de ella hayan nacido hijos y en el momento de la ruptura aún sean menores de edad, se plantean varias situaciones con diferentes soluciones, las cuales dependerán de las circunstancias personales, sociales, familiares y legales.

La primera de ellas es: ¿Con quién han de convivir los hijos? La respuesta a esta pregunta no solo se podrá responder en base a la decisión de los progenitores, lo cual, como sucede en gran cantidad de ocasiones, no pueden concluir ellos mismos porque los intereses que la determinan no están enfocadas en el bienestar de los menores sino en otros aspectos que, más que beneficiarlos los perjudican, ya que es habitual que las discrepancias surjan por motivos económicos o emocionales que no tienen como primacía el bienestar de los hijos.

Es por ello por lo que veremos cuáles son las soluciones jurídicas que nos ofrece la legislación para garantizar que las disputas de los padres, en el momento de la adjudicación de la nueva realidad de la familia, no afecten al desarrollo de los menores tanto en su ámbito personal y familiar, como en el escolar y social.

Otra pregunta que ronda la nueva situación es: ¿Cuáles son los derechos y deberes de los progenitores? No hay una respuesta tipo para esta pregunta, ya que variará en función de las circunstancias que rodean cada caso. Pero sí que se establecen unos mínimos que deben de cumplirse, y otorgarse por y para cada progenitor. Al igual que en la respuesta anterior, girando en la órbita del principio del interés general del menor, aunque se hablen de derechos de los padres, ya que como veremos en la evolución de la

figura de la guarda y custodia, el punto de partida es un derecho exclusivo del padre surgido en el Derecho romano, pasando a la primera articulación del Código Civil con un principio de culpabilidad convirtiendo la custodia en un premio o castigo para los progenitores, hasta llegar a la actualidad en la que prima el bienestar de los menores.

La tercera y última cuestión, a modo de introducción del tema es: ¿Se trata de una figura inamovible? Rotundamente no. Se trata de una situación extraordinaria de la vida de las personas, que se encuentra más que normalizada en la sociedad actual, y como todo lo que nos rodea como personas es cambiante -la vida laboral, personal, económica, etc.- el establecimiento de un régimen de guarda y custodia también lo será al son de las circunstancias que vayan derivando del desarrollo cotidiano de la vida de los progenitores y de los menores.

Por lo tanto, vamos a enfocarnos en todos aquellos aspectos de la vida de una familia con hijos menores de edad no emancipados, cuya realidad familiar se haya visto afectada por la ruptura de la relación de los progenitores y con ello la disolución de la convivencia en el domicilio familiar. Teniendo en cuenta todos aquellos aspectos que afecten al desarrollo cotidiano de los padres y los hijos. Los derechos que se otorgan a cada uno de los miembros de la familia y los deberes que se imponen al mismo tiempo. Exponiendo las nuevas circunstancias a las que tienen que adaptar su realidad, y todas las consecuencias que se crean para los miembros del que era el núcleo familiar, incluyendo a los terceros a los que afecte esta situación.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA LEGISLATIVA

La custodia y todo lo que la rodea, desde las decisiones sobre su atribución y los regímenes existentes, han ido evolucionando a lo largo del tiempo al compás de los valores familiares de cada época.

Comenzamos desde los antecedentes de los que deriva nuestro Derecho Civil, el Derecho Romano, en el cual era el “*pater familias*” el que tenía la potestad legal sobre los miembros de su familia. Por lo que, conociendo el comienzo patriarcal de la institución de la familia y, con ella, del cuidado de los hijos y la custodia, no es de extrañar que en el comienzo de la creación normativa española y los valores de la familia de la época de la que partimos esta evolución, se denote el rasgo de patriarcado.

Partiendo de la redacción inicial del Código Civil de 1889, se observa que tras declararse nulo el matrimonio, no existiendo otra posibilidad por la que disolverse el mismo, la guarda y custodia de los hijos dependía del grado de culpabilidad o de la mala fe, que provocó dicha nulidad. En el caso en que hubiera habido buena fe por parte de los cónyuges, la custodia quedaba repartida del siguiente modo: “*los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre*”¹.

Por otro lado, continua el mismo artículo 70, en su párrafo segundo, estableciendo la posibilidad de que la mala fe que provoca la nulidad del matrimonio se de por parte de uno solo de los cónyuges. En este supuesto, la custodia de los hijos (sin discriminación de sexo ni edad) quedaría totalmente atribuida a aquel de los cónyuges que haya actuado de buena fe.

De lo contrario, establece el párrafo tercero, que en caso de que existiera mala fe por parte de ambos progenitores la custodia quedaría bajo la designación de un tutor, el cual nombraría el Tribunal².

¹ Artículo 70 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763).

² Artículo 73.2 del Código Civil: “*Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.*”

Como regla general, establecida en el nombrado artículo 70, los menores de 3 años (hijos e hijas) quedaban, en todo caso, al cuidado de la madre. Esto sería así, siempre y cuando la sentencia no determinara otra cosa.

De lo anterior, se comprueba como la atribución del cuidado de los hijos no estaba enfocada a lo que hoy en día entenderíamos como el interés para los menores, sino que se atribuía la custodia en base al principio de culpabilidades. Estando los valores de la familia destinados hacia el desarrollo y aprendizaje de la profesión, en caso de los varones, los cuales comenzaban a trabajar en temprana edad, y en el caso de las niñas lo correcto era estar con las madres para aprender las labores del hogar. Por lo que, esos valores que priorizaban en la época, de esta primera redacción, eran totalmente diferentes a los que están establecidos actualmente.

Durante la II República, se aprobó la primera ley que regulaba el divorcio, siendo esta la Ley de Divorcio de 12 de marzo de 1932. En la misma, en su sección segunda titulada “De los efectos del divorcio en cuanto a los hijos”, se introduce una modificación de gran importancia respecto de la custodia de los hijos, al establecerse que los cónyuges podrán acordar de mutuo acuerdo cual de los dos será el encargado de la custodia de los menores. Para que ese acuerdo obtuviera validez debería de ser aprobado por el juez³.

Dicha introducción supone un avance hacia el interés del menor, aunque todavía no será el principio que rija en cuanto a la atribución de la custodia, ya que en caso de que no exista acuerdo entre los progenitores los hijos quedarían bajo la custodia del cónyuge inocente, o de ser ambos culpables o no lo fuera ninguno⁴, sería la sentencia

Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.”

³ Artículo 16 de la Ley de Divorcio, de 12 de marzo de 1932 (Gaceta de Madrid – Nº 72, p.1794-1799).

⁴ Mismas opciones para determinar el principio de culpabilidad que en la redacción del Código Civil de 1889.

dictada por el Tribunal quien dictaminaría con cual de los progenitores quedarían, dándose la posibilidad, si las circunstancias lo requerían, que en lugar de los progenitores se nombrara tutor (así establecido en el artículo 17 de la Ley de Divorcio de 1932). Además, en el mismo art. 17 de la Ley, se establece la norma general de que los menores de 5 años deben de quedar bajo los cuidados de la madre, siempre que no se establezca por medio de la sentencia lo contrario. Siguiendo en consonancia con esa primera redacción de 1889, habiendo aumentado la edad.

A pesar de las diferencias expuestas de este nuevo texto normativo con esa primera redacción del Código Civil que se produce 43 años antes, podemos comprobar como aún se mantienen ciertos matices de los valores iniciales.

La siguiente modificación del artículo 70 del Código Civil, se produce con fecha 24 de abril de 1958, la cual entra en vigor en día 15 de mayo de ese mismo año. Esta nueva modificación, basada aún en el principio de culpabilidad, sigue la estructura del artículo, aumentando la edad en la que los niños debían de quedar bajo los cuidados de la madre a 7 años, siendo a partir de la cual, los varones estarían con el padre y las niñas con la madre. Siempre y cuando existiera buena fe por parte de ambos.

En cuanto al supuesto de buena fe por parte de uno solo o de mala fe por parte de los dos, quedan sin modificación alguna. Añadiéndose la posibilidad de que el Juez que debiera de ejecutar la sentencia pudiera aplicar su criterio discrecional, dependiendo de las especialidades de cada caso concreto.

El cambio más drástico viene de la mano de la ley 30/1981⁵, la cual modifica lo establecido con anterioridad en el Código Civil, añadiendo el Capítulo IX titulado “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, el cual marca la gran diferencia con lo ya visto.

⁵ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE-A-1981-16216).

Sin alejarnos de lo que se había regulado en la Ley de 1932, al darse la posibilidad de que los cónyuges pudieran determinar de mutuo acuerdo cuál de ellos sería el responsable de la custodia, nos encontramos con el convenio regulador del nuevo artículo 90 del CC. En la redacción de éste, se nos indica el contenido mínimo que debe de tener, en cual ha de contener la decisión adoptada por los padres acerca del régimen de custodia que desean establecer⁶. En el mismo artículo se otorga al Juez la potestad de denegar lo establecido en el convenio en el caso de que sea perjudicial para los hijos o uno de los cónyuges. Esta denegación deberá de realizarse mediante resolución motivada. Ante ello deberá de presentarse una nueva propuesta de convenio ante el Juez, para su aprobación, en caso de ser necesaria.

Además, en caso de que las medidas que se han establecido mediante convenio, con el tiempo no sean efectivas o hayan cambiado las circunstancias que las motivaron, podrán ser rectificadas mediante la presentación de una modificación de medidas.

Pero, la novedad más relevante, y digna de destacar, de esta reforma del 1981, la encontramos en el añadido artículo 92, el cual introduce el beneficio del menor, dejando fuera, al fin, al principio de culpabilidades por el que se regía en los años anteriores la distribución de la custodia. Incluyendo el mismo, y no de menor importancia, que se “procure” la no separación de los hermanos⁷, cosa que debemos destacar que es un avance en cuanto al interés del menor. A consecuencia de esto último, quedarán bajo el cuidado total o parcial de uno de los progenitores. Sin embargo, los menores de 7 años, salvo condiciones excepcionales, seguían quedando bajo el cuidado de la madre⁸.

A pesar de que se establece que quedarán bajo la tutela de uno de los padres sin especificar con cuál de ellos, la realidad es que era casi de forma automática que la

⁶ Artículo 90. A) del Código Civil: *“La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.”*

⁷ Esta frase, que se establece en el párrafo cuarto del artículo, aún deja en entredicho la posibilidad de que los hermanos puedan ser separados, por lo que el interés del menor en cierto modo queda desprotegido.

⁸ Artículo 159 del Código Civil (modificación publicada el 19/05/1981): *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.”* (BOE-A-1981-11198)

custodia se otorgara a las madres, cosa que ido evolucionando con el pasar de los años, aunque considero que sigue siendo una asignatura pendiente de nuestra sociedad y de nuestro sistema jurídico.

La siguiente modificación, nos la otorga la Ley 11/1990, de 15 de octubre⁹. La misma nos indica en su preámbulo que las modernizaciones que se han producido en materia de patria potestad y filiación en la normativa no son suficientes, y es con ello con lo que justifica el cambio necesario, enfocado hacia el cumplimiento del artículo 14 de la Constitución Española¹⁰, en el que se proclama el principio de igualdad y no discriminación, que hasta este momento no había sido respetado por lo establecido en el Código Civil.

Es con ello con lo que desaparece la discriminación por sexo y edad en cuanto al cuidado de los hijos, estableciéndose en el artículo cuarto de la mencionada Ley la modificación del artículo 159 de Código Civil, el cual queda redactado de la siguiente forma *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*. Lo que conlleva que se ha quedado atrás la idea de que los hijos debían de criarse con uno y otro progenitor en razón de las enseñanzas que tenían que recibir.

Finalmente, la Ley 15/2005, de 8 de julio¹¹, modifica los artículos 90 y 92 del Código Civil. La modificación más significativa se produce en el artículo 92, donde aparece la novedosa figura de la custodia compartida¹². Esta supone que mediante el

⁹ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. (BOE-A-1990-25089)

¹⁰ Artículo 14 de la Constitución Española: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”* (BOE-A-1978-31229)

¹¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE-A-2005-11864).

¹² Artículo 92.5 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio (BOE-A-2005-11864): *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten*

convenio regulador acordado por los padres se podrá determinar el régimen de guarda y custodia compartida entre ambos cónyuges. Situación que se dará, siempre y cuando, sea lo más beneficioso para los menores, primando el principio del interés superior del menor, y es por ello por lo que en el apartado 9 del mismo artículo se establece que el Juez, podrá adoptar esta medida, a instancia de una de las partes, para lo que se requerirá informe favorable del Ministerio Fiscal. Estableciendo en esta primera redacción que se trata de una medida excepcional.

Se consigue así, que la custodia deje de ser un premio o un castigo, dando la oportunidad de que puedan encargarse del cuidado y la crianza de los hijos por partes iguales ambos progenitores. Siendo aparentemente una medida idónea para los casos de crisis matrimonial y la pérdida de la convivencia conjunta, pero en sus ventajas o desventajas entraremos más adelante. Resaltando en este apartado el avance que se produce hacia una igualdad de condiciones en cuanto a los padres y un beneficio respecto a los hijos los cuales ahora podrán compartir el mismo tiempo con ambos progenitores.

Para concluir las adaptaciones que se han ido produciendo en la normativa sobre el régimen de custodia, y hablando de la regulación que rige en la actualidad, hay que nombrar sin duda, la Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre de 2012¹³, la cual declara inconstitucional y nulo el término “favorable” dentro del apartado 8 del artículo 92 del Código Civil, cuando se hace referencia al informe del Ministerio Fiscal. Se entiende que el mismo vulnera los artículos 14, 24, 39 y 117.3 de la Constitución, al indicarse que el informe “no favorable” a la custodia compartida vedaba al Juez de Instancia y al Tribunal de apelación la posibilidad de resolver la controversia o emitir

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.”

¹³ Pleno. Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006. Planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Derecho a la tutela judicial efectiva, exclusividad jurisdiccional y principio de protección a la familia: nulidad parcial del precepto legal que, en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. Voto particular. (BOE-A-2012-14060).

pronunciamientos, ya que directamente se le bloquea la posibilidad de otorgarla. Lo que se entiende que impide a los órganos judiciales el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lesionando el derecho de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Se entiende, además, que el precepto es inconstitucional al exigir un informe favorable del Ministerio Fiscal cuando no haya consenso entre los progenitores y no hacerlo cuando se solicite la custodia compartida mediante acuerdo, ya que en muchas ocasiones esta disputa entre ellos va dirigida a otras razones o motivos y no en exclusiva al bienestar de los menores, y es por ello por lo que se entienden vulnerados los artículos 14 CE (Derecho a la igualdad ante la ley) y 39 CE (Principio de protección de los menores por los poderes públicos)¹⁴.

Por lo tanto, aunque no se ha suprimido el termino favorable de la redacción actual del CC, queda inactivo en cuanto a su validez práctica.

IV. CONCEPTOS BÁSICOS

1. La patria potestad

El origen del termino de patria potestad lo encontramos en el paterfamilias, el cual tenía en el Derecho Romano el poder absoluto sobre la familia. En esta concepción, la patria potestad era un derecho exclusivo que poseía el padre, sin que se incluyeran deberes, quedando totalmente fuera del alcance de la madre.

¹⁴ Artículo 39.3 de la Constitución Española: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

En los inicios de la redacción del artículo 154 del Código Civil, en concordancia con la evolución legislativa de la custodia que indicamos anteriormente y la legislación romana de la que deriva, la figura de la madre en relación con la patria potestad es subsidiaria¹⁵, por lo que el poder de decisión sobre los hijos recaía sobre el padre.

La subsidiariedad de la madre se mantiene hasta la reforma de 1981, adaptando el Código Civil a la Constitución Española, lo que supone que la redacción del artículo 154 se determine como discriminatoria por razón de sexo, al poner la figura materna en situación de inferioridad en relación con la paterna en cuanto a la patria potestad. Es por ello, que la reforma, basada en los artículos 39 y 14 de la Constitución Española, adjudica la patria potestad a ambos padres, es decir a ser ejercida de forma conjunta en igualdad de condiciones, lo que se entiende que es en beneficio de los hijos, y así lo establece el artículo¹⁶. Por lo tanto, no se trata de un derecho de los padres sino de una función que se les otorga en beneficio de los hijos¹⁷

Una de las características que se desprende de la redacción de la legislación de la patria potestad es su carácter temporal, al establecerse mientras dure la minoría de edad de los hijos y no se encuentren emancipados, desapareciendo cuando éstos alcancen la mayoría de edad¹⁸. Existiendo, además, la posibilidad de que la patria potestad sea prorrogada en los supuestos en los que los hijos no puedan valerse por sí mismos, siendo su duración toda la necesaria para cubrir las necesidades personales, patrimoniales y jurídicas (patria potestad prorrogada).

¹⁵ Artículo 154 del Código Civil (Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor desde 16/08/1889): “*El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre*” (BOE-A-1889-4763).

¹⁶ Artículo 154 del Código Civil (Modificación publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981): “*Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad...*” (BOE-A-1889-4763).

¹⁷ BEATO DEL PALACIO, E. B.: “La función social de la patria potestad”. En: *Principios del derecho I*, Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2014.

¹⁸ Artículo 12 de la Constitución Española: “*Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*” (BOE-A-1978-31229).

Otra de las características es su carácter irrenunciable e imprescriptible, por lo que su no ejercicio a lo largo del tiempo no conlleva su extinción, siendo posible volver a ejercitarla. Siendo una función inherente al momento de convertirse en padres, no pudiendo delegarse esta función en una tercera persona. Es por ello por lo que debe de ejercerse de forma conjunta en igualdad de condiciones y con independencia de que el vínculo, matrimonial o de pareja, del que surgen los hijos ya no exista. Además, hay que resaltar que no existe diferencia entre la filiación adoptiva o natural, matrimonial o extramatrimonial, ya que en lo que se refiere a patria potestad se encuentran equiparados.

Tras la última reforma que modifica el artículo 154, provocada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, podemos definir en la actualidad a la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados, siendo la función principal el cuidar y velar por ellos. Siendo el principio rector de este derecho el *favor filii* o interés superior del menor, que no indica que será el interés del menor el que prime sobre cualquier otro interés que pueda concurrir con éste¹⁹.

A pesar de que la regla general es que la patria potestad sea ejercida por ambos progenitores, cuando éstos no convivan, podrá solicitarse por uno de ellos que se determine el ejercicio conjunto o se repartan las funciones, lo cual determinará el Juez. También puede darse el caso de que uno de ellos sea privado de su titularidad por el órgano jurisdiccional, lo que supone que ya no estarán bajo su compañía, ni podrán educarlos, entre otras cosas, pero no les exime de del deber de velarlos y alimentarlos. Cabiendo también la posibilidad de que la patria potestad sea ejercida en exclusiva por uno de los padres. Para que ésta última posibilidad se dé debe de existir una situación de urgencia que así lo requiera, o en los casos de incapacidad o ausencia de uno de los padres.

En consecuencia, la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que ha sido atribuido a los progenitores desde el inicio de su función como padres. Tienen

¹⁹ Establecido así en el art. 39 de la Constitución Española y el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea de Naciones Unidas.

deberes personales como velar²⁰, tenerlos en su compañía, representarlos legalmente, educarlos y alimentarlos, pero también tienen deberes patrimoniales como la administración y disposición de los bienes de los menores, siempre en beneficio de los mismos y de acuerdo con su personalidad.

2. La guarda y custodia

En este apartado vamos a definir qué es la guarda y custodia. Nos centraremos en la guarda y custodia de los menores de edad derivada de los casos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, incluyendo también la de los hijos extramatrimoniales²¹. Para éstos últimos cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre con la patria potestad en la que son totalmente iguales ante la ley, para el proceso de adjudicación de la custodia se regula un procedimiento diferente llamado el procedimiento de guarda y custodia, siendo el aplicado para los hijos matrimoniales el proceso de separación, nulidad o divorcio.

De una forma u otra, el momento relevante para la aparición de la figura de la guarda y custodia es cuando, a consecuencia de una crisis familiar, se produce la ruptura de la pareja, y con ello la desaparición de la convivencia de los progenitores. Siendo por tanto el momento en el que se debe de plantear cuál será la nueva situación de convivencia entre padres e hijos.

La guarda y custodia es un termino vinculado al cuidado y atención del menor, circunstancias que requieren de la existencia de convivencia entre el progenitor e hijos. Por lo que la guarda y custodia, *a priori*, podemos decir que es la figura que determinará cuál será el régimen de convivencia y la forma la que se deberá de llevar a cabo.

²⁰ En cuanto a velar se refiere podemos decir que se incluyen las funciones de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos y garantizarles una formación. Funciones que no se desaparecen con la adjudicación de la guarda y custodia al otro progenitor, ya que deberán de seguir vigilando el desarrollo del menor y garantizar que así sea mediante la coordinación con el otro progenitor, el cual tiene la obligación de informar al no custodio sobre ese desarrollo.

²¹ Indicado así, ya que la guarda y custodia es un termino utilizado en al ámbito no solo de los menores sino también en relación con los incapaces, tema que no vamos a tratar.

Se trata de un concepto derivado de la patria potestad, más bien podríamos decir que es una de las funciones que debe de ejercerse a raíz de la misma, pero en este caso, al contrario que la patria potestad, la cual es incondicional y existente desde el momento en que existe relación filial, la guarda y custodia se encuentra condicionada a que se produzca la ruptura del vínculo de pareja y a consecuencia de ello sea necesario establecer un régimen para la convivencia y comunicación con los hijos, dado que el punto de partida lo encontramos en la existencia de domicilios diferentes, al no existir convivencia entre progenitores.

Por lo tanto, puede definirse como la potestad que atribuye a uno o a ambos progenitores el derecho de convivir habitualmente con los hijos menores de edad o incapacitados. Esta convivencia podrá darse de forma permanente, de manera alterna durante los periodos que se establezcan mediante convenio entre ambos padres o judicialmente, pudiendo darse también la posibilidad de que se distribuya la guarda y custodia (quedando bajo el cuidado de del padre uno o varios hijos y bajo el cuidado de la madre los demás), siendo ésta última opción la que menos se da en la práctica, ya que como establece el Código Civil la guarda se establecerá “*procurando no separar a los hermanos*”. Además, y de forma excepcional, es posible que la guarda se le atribuya a un tercero, preferiblemente un familiar cercano, cuando exista incapacidad o imposibilidad por ambos padres. Dependiendo del tipo de guarda establecida el progenitor que la ejerza tendrá el poder de decir sobre los actos de la vida cotidiana de los menores. Esto es, el desempeño de actos cotidianos como el cuidado, atención y gestión de todas las tareas que conllevan la convivencia.

La regulación de la guarda y custodia la encontramos en el artículo 92 CC, del cual se desprende que en función del tipo de convivencia que se establezca habrá varios tipos de custodia, los cuales podemos enumerar en: 1. Custodia exclusiva ejercida por solo por uno de los progenitores; 2. Guarda y custodia compartida la cual es ejercida por ambos progenitores durante los periodos establecidos; 3. Guarda repartida de los hijos, como ya nombramos, poco habitual; 4. La guarda y custodia atribuida a tercero, preceptuada en el artículo 103 del Código Civil como excepcional, pudiendo ser atribuida a abuelos o parientes, allegados de especial vinculación con el menor o una institución

pública denominándose en este caso guarda administrativa²². En cualquiera de los casos, entendida como la función de vivir, cuidar y proteger a los menores.

Para su determinación, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, será el convenio regulador homologado el que establezca en su contenido la persona que deba de mantener bajo su cuidado a los hijos, la definición de la patria potestad entre ambos progenitores y su ejercicio, y el régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor no custodio. Por otra parte, cuando nos encontramos ante un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio será la sentencia que recaiga sobre el proceso la que contenga el pronunciamiento relativo al ejercicio de la patria potestad y a quién corresponda el cuidado de los hijos, pronunciamiento que tiene que ser fundados en beneficio de los menores. Todo ello establecido en el artículo 92 del CC.

Como veremos más adelante, el Juez tendrá utilizar ciertos criterios para la determinación del régimen de guarda y custodia, no quedando a su libre determinación ni solamente atendiendo a lo expresado por las partes. Debiendo otorgar la custodia a aquel que ofrezca las mejores garantías para satisfacer las necesidades materiales y morales, teniendo en especial consideración las circunstancias familiares, económicas, culturales y ambientales²³

3. La corresponsabilidad parental

El termino de corresponsabilidad parental, el cual ya figura en variedad de textos normativos, viene a significar un reparto equitativo de derechos y deberes de los que son

²² Artículo 172.1 del Código Civil: “Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas”.

²³ MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 92 del Código Civil”. En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2009.

titulares los progenitores, y que ejercen sobre sus hijos²⁴. Es por ello por lo que se trata de un principio ligado a la patria potestad y la guarda y custodia compartida.

Mediante el mismo se intenta que sean ambos padres los que participen de la educación y cuidado de los menores. Una participación que se quiere conseguir sea igualitaria, lo que supone una descarga sobre aquel progenitor que se encarga de los menores en la mayor parte del tiempo - por lo general, en nuestra sociedad, las madres -. Se trata de asegurar que los menores reciban los mismos cuidados y atenciones de sus padres, aunque ya no exista convivencia familiar. Lo que implica que ambos sean capaces de ejecutar y poner en práctica los mismos roles. Todo ello motivado por el cambio en la sociedad y el avance hacia la igualdad.

Este principio tuvo sus primeras referencias en la ley 15/2015, de 8 de julio, en la cual se pretendía conseguir la buena relación entre los progenitores y garantizar el interés superior del menor. Estableciendo la mediación como un recurso para la solución de litigios familiares de mutuo acuerdo, introduciéndose además el Convenio Regulador, lo que ya comenzaba a tener connotaciones de la responsabilidad parental²⁵. En el 2013 se aprobó por el Consejo de Estado el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en su misma exposición de motivos se expone que *“el marco institucional y social del matrimonio y de las relaciones paternofiliales ha experimentado profundas transformaciones, tanto en España como en los países de nuestro entorno y cultura”*, cambios que afectan directamente a la concepción de ruptura del matrimonio, cambios sociales a los cuales debe de ajustarse la norma. Este Anteproyecto fue creado por la obligación impuesta por la Convención de los Derechos del Niño, ya que la misma lo establece como un derecho básico en su art. 18 *“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. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de*

²⁴ NIETO MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S., TORRES REVIRIEGO, M. R. y ZAMORA SEGOVIA, M. L., *“Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores”*. Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2016, p. 91

²⁵ RODRÍGUEZ GUTIERREZ, N.: *“El plan de corresponsabilidad parental”*, Diario de la Ley, Nº 9583, Secc, Tribuna, Wolters Kluwer, 2020. p. 2.

la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”. Por lo tanto, se constituye como un principio de especial importancia.

A pesar de que la regulación del Anteproyecto es lo más acorde con la realidad social, sigue sin estar vigente. Actualmente la figura más próxima a la corresponsabilidad parental es la custodia compartida, que en muchas ocasiones se aleja de la misma por los conflictos que se generan entre los padres, por causas que no se corresponden con el ejercicio de la guarda compartida y el bienestar de los menores, ya que como hemos nombrado en muchas ocasiones, los progenitores en su afán de “fastidiar” lo utilizan para crear perjuicios sobre la expareja dejando de lado los intereses de los menores. Es por ello por lo que el correcto ejercicio de la guarda y custodia compartida exige que haya buena comunicación entre progenitores y una baja conflictividad.

La ejecución correcta del principio de corresponsabilidad parental conlleva que, los progenitores, tengan predisposición a cooperar entre ellos en todo lo relacionado a la educación, organización, horarios, aceptar cambios como pueden conllevar las modificaciones horarias en la vida laboral²⁶

V. TIPOS DE CUSTODIA

Dada la regulación que nos otorga el Código Civil, podemos diferenciar distintos tipos de custodia que variarán en función de las circunstancias personales, económicas y legales. Se atribuirá a los progenitores, abuelos u otros familiares o incluso a entidades públicas (de manera muy excepcional), siempre primando el interés del superior del menor.

Para la adjudicación del régimen de custodia oportuno, como hemos nombrado con anterioridad, nos encontramos con dos procesos: el procedimiento de separación, divorcio y nulidad matrimonial y el denominado procedimiento de guarda y custodia. Ambos se llevarán a cabo ante órgano judicial. Cuando el procedimiento se desarrolle de mutuo acuerdo los progenitores deberán de presentar el Convenio Regulador, en el cual

²⁶ DELGADO DEL RÍO, G.: *“La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente”*. Navarra, Ed. Thomson Reuters, Civitas, 2010.

se especificará el acuerdo al que han llegado respecto a la custodia, el cual deberá de ser aprobado por el Ministerio Fiscal, y en caso de ser aceptado, ratificado ante el Juez. Por el contrario, si se trata de un procedimiento contencioso, lo que conlleva que existe desacuerdo entre las partes a la hora de determinar la custodia desde el inicio, tiene que el Juez que recabar informe del Ministerio Fiscal, escuchar a los menores que tengan suficiente juicio (estableciéndose la edad de 12 años para ello, pudiendo, en caso de ser necesario y de forma excepcional, escuchar a los menores de esa edad), valorar las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, en lo que cobra especial importancia las circunstancias personales, económicas y laborales, y por último la relación entre los padres y la relación entre padres e hijos. Una vez recabado toda la información oportuna, el Juez decidirá cuál debe de ser el régimen que debe de aplicarse, siempre argumentando su postura en beneficio e interés del menor²⁷.

A continuación, pasamos a definir y detallar las opciones que el legislador a otorgado al órgano judicial para dar solución a la controversia que se plantea a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia. Adelantando que depende del caso será recomendado uno u otro régimen, y que en mi opinión no existe uno que deba primar sobre el otro, ya que dependiendo de las circunstancias que rodean al caso concreto podrá ser adecuada una guarda y custodia compartida o una monoparental. Incluso, considero que, a día de hoy, los requisitos e investigación que se aplican para su determinación son insuficientes, y a pesar de que todo gira en torno al beneficio del menor y se intenta garantizar que sea su interés el que prime durante el proceso de adjudicación y durante el desarrollo de lo establecido, el legislador no ha conseguido al cien por cien evitar que se vulnere este principio, y tampoco lo han permitido las formas de actuar de la sociedad actual aunque sus valores vayan enfocados a ello.

²⁷ Hay que destacar que el beneficio e interés del menor no necesariamente debe de coincidir con la voluntad del mismo, ya que el grado de madurez que tenga en el momento de manifestar su deseo será crucial para que sea vinculante a la decisión del Juez. Además, también quedará en juicio del Juez valorar si el deseo manifestado por el menor puede estar influenciado por alguno de sus progenitores.

1. La custodia monoparental

La guarda y custodia exclusiva o monoparental, como bien indica su nombre, parte de la base de que es atribuida a uno de los progenitores, recibiendo éste la denominación de progenitor custodio, estableciéndose a favor del progenitor no custodio un régimen de comunicación y visitas, con las que han de garantizarse las relaciones personales entre el menor y éste. Manteniéndose, como regla general, el ejercicio de la patria potestad de manera conjunta.

Tratándose de un sistema de guarda exclusiva a uno de los progenitores, se otorga al progenitor no custodio una serie de derechos, entre los que caben destacar el derecho a ser informado y el derecho de visitarlos y tenerlos en su compañía. También se establecen una serie de obligaciones, entre ellas, la más importante pero también conflictiva en la práctica, el establecimiento de la pensión de alimentos.

En cuanto a este régimen, el cual ha sido utilizado por excelencia a lo largo del tiempo por no existir regulación que estableciera la guarda y custodia compartida hasta la reforma producida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, podemos decir que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado acerca de los requisitos ni ha enumerado criterios que deban de aplicarse para que su establecimiento, por lo que tendremos que atender a las circunstancias de cada supuesto de hecho concreto. Es por ello, por lo que este régimen será establecido siempre que quede acreditado que, en base al principio del *favor filii*, es lo más beneficioso para el menor. Resaltado que se ha tratado del modelo tradicional durante largo tiempo, es decir, el utilizado como regla general, incluso en la actualidad en la que su porcentaje de atribución ronda el 66,2% de los casos según el Instituto Nacional de Estadística, en base a los últimos datos recogidos en el 2018.

2. La custodia compartida

No encontramos una definición exacta del termino de guarda y custodia compartida establecido por el legislador, el cual hace referencia a la guarda y custodia compartida en el artículo 92 del Código Civil con términos como “ejercicio compartido de la guarda y custodia”, “guarda conjunta” y “guarda y custodia compartida”. Es por ello

por lo que debemos de buscar la definición de ésta en la doctrina y jurisprudencia, encontrándonos con diferentes pronunciamientos por parte de los tribunales. FABIOLA LATHROP define la guarda y custodia compartida como “*un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos de tiempo determinados*”²⁸.

Dentro de la custodia compartida, tal y como se ha definido, encontramos que cabe diferenciar varios tipos: 1. Guarda y custodia compartida simultanea, donde se mantiene la convivencia en el mismo domicilio del núcleo familiar; 2. Guarda compartida a tiempo parcial, produciéndose cambio de domicilio por parte de los menores, durante periodos de tiempo que pueden dividirse en días, semanas, meses, años o cursos escolares; 3. La guarda y custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por parte de los menores, siendo los progenitores los que hacen el cambio de domicilio²⁹.

En un principio, se entendía este régimen de custodia como excepcional, y así se establecía en el artículo 92 del CC. Estableciendo posteriormente el Tribunal Supremo que, de en la interpretación del artículo 91, no puede desprenderse que se trate de una medida excepcional, sino que deberá de considerarse como normal y deseable, dado con la misma se hace efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores. Siempre y cuando, se justifique y del caso concreto, se determine que es lo más beneficioso para el interés superior del menor.

²⁸ LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley. GUILARTE MARTÍN CALERO, C.: Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

²⁹ BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, Madrid, pp. 3284-3314.

3. La custodia repartida

Como hemos indicado en varias ocasiones, este es uno de los modelos menos utilizados en la práctica, siendo los modelos de guarda exclusiva y compartida los más comunes.

Desde los inicios de la redacción del articulado del Código Civil ha existido el régimen de guarda y custodia repartido, siendo el modelo establecido como regla general, aplicando el reparto de los hijos en función de su sexo, lo cual fue excluido en base al principio de igualdad y no discriminación que promueve nuestra CE. Aún así, sigue manteniéndose este sistema de reparto en caso de existir varios menores, teniendo que atender para su atribución al interés superior del menor. Por lo tanto, se trata de un régimen en el que se atribuye la guarda de alguno de los menores a la madre y la guarda de los otros bajo el cuidado del padre.

Este régimen, aunque legalmente permitido, debe de evitarse en aras de cumplimiento del principio de no separar a los hermanos establecido en el Código Civil, pero pudiendo establecerse si es lo más beneficioso para la totalidad de los hermanos, lo cual deberá de ser suficientemente justificado a la hora de optar por esta modalidad, la cual puede ser mediante pacto o convenio o adoptada por el Juez en un proceso contencioso. Esto es a causa de que, es tan importante que en el régimen se garanticen tanto las relaciones paterno y materno filiales, como las fraternales.

4. La guarda y custodia ejercida por tercero

La guarda y custodia ejercida por un tercero es la opción más excepcional de todos los casos que se regulan en la Ley, pero no por ello el menos importante, ya que como veremos es una guarda y custodia que se determina por la especialidad de las circunstancias que rodean a los menores.

Se trata de un supuesto excepcional, regulado en el artículo 172 del Código Civil. Se caracteriza por ser una medida provisional y vinculada a la incapacidad de los progenitores para ejercer la guarda y custodia, lo que no supone que de forma automática se produzca la privación de la patria potestad. Esta privación de la patria potestad debe

de ser tomada siempre que concurran circunstancias realmente graves de incumplimiento de los deberes a ella.

El Juez, de oficio o a instancia de parte del menor, de los familiares o incluso del Ministerio Fiscal, será el que determine las funciones que van a desempeñar los guardadores, así como el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores. Establecido así en el artículo 158 CC. Lo ideal es que el menor se mantenga dentro del ámbito familiar original.

La jurisprudencia y la doctrina establecen como criterios para la atribución de la guarda a un tercero la desatención o abandono, la ausencia de los progenitores, los malos tratos, la drogodependencia de los padres, el ingreso en prisión o el peligro de que el progenitor cometa contra su hijo un delito por el que se encuentra penado³⁰. Hay que añadir a estos criterios la idoneidad para ejercitar la custodia del tercero al que se le va a adjudicar.

Los abuelos suelen tener prioridad frente al resto de terceros a la hora de la atribución de la custodia y sobre todo ante la posibilidad de que sea ejercida por una institución pública, lo cual se decreta en última instancia. Sin embargo, también podrá optarse por atribuirla a persona ajena a la familia. En todo caso, se les atribuirá la labor de proteger y acoger a los menores.

Aunque los menores no estén bajo la custodia de los progenitores se podrá mantener el derecho de comunicación con los progenitores, siempre que sea beneficioso para el interés superior del menor. Todas las funciones que se atribuyan a los guardadores estarán establecidas, autorizadas y supervisadas por el Juez.

VI. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA

1. Criterios comunes para ambos regímenes

³⁰ Vid. BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, Madrid, pp. 3284-3314.

1.1. El interés superior del menor

Se trata de un concepto que no se encuentra definido jurídicamente. Cierta parte de la doctrina tiende a identificarlos como la voluntad del menor dirigida al cumplimiento de sus deseos, en cambio, nos encontramos con otra parte de la doctrina que determina que el interés del menor tiene que ir orientado hacia la educación del menor.

En la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero³¹, en su artículo 2.1 se establece que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*, de lo que se deduce que todo aquello que afecte al desarrollo de la vida del menor debe de garantizar que se cumplan sus intereses tanto personales como sociales y así se refleja en la continuación del artículo en su apartado 2, en el cual se establecen una serie de criterios generales para la interpretación de lo que se deba de considerar para cada caso como el interés superior del menor. Dichos criterios los podemos enumerar del siguiente modo:

- a) El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, así como la satisfacción de sus necesidades básicas, desde las materiales, físicas y educativas hasta las emocionales y afectivas.
- b) Tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del menor. Garantizando su participación en el establecimiento de su interés acorde con su madurez.
- c) Que el desarrollo de la vida del menor se lleve a cabo en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Primando la permanencia en el núcleo familiar.

³¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-1996-1069).

- a) Garantizar que se mantenga la identidad, cultura, religión e idioma del menor. Evitando que, por las mismas o por otras situaciones como la discapacidad, puedan producirse situaciones de discriminación.³²

Visto así, se trata de un principio que afecta al desarrollo del menor en todos los aspectos de su vida mientras esté sometido a la patria potestad, pero también afecta a las relaciones paterno y materno filiales, y es por ello por lo que a la hora de atribuir un régimen de custodia se trata de un elemento esencial, cuya desición no puede tomarse de forma desvinculada de este criterio, el cual encontramos presente en todos los preceptos que legislan sobre la atribución del régimen de custodia y la patria potestad.

Dado que no podemos determinar un interés superior del menor general, ya que tenemos que atender a las especialidades de cada caso y a las necesidades de cada menor, sin perjuicio de los criterios que establecen la jurisprudencia y la ley, será el Juez el que deba determinar cuál es el interés del menor en el caso en concreto. Esta determinación la realizará valorando los criterios generales regulados, pero atendiendo a las particularidades de cada caso, logrando así un resultado más conveniente para el menor³³.

Además, el Juez queda vinculado el principio del *favor filii* con independencia de la solicitud de régimen de custodia que se esté solicitando o discutiendo en el proceso, al tratarse de un principio que prima sobre los demás intereses del asunto, debiendo el tribunal garantizar que la decisión alcanzada salvaguarde el interés del menor.

1.2. La voluntad del menor con suficiente madurez

A pesar de que la primera impresión es que debe de ser uno de los criterios principales, no solo en la práctica, sino que en la legislación y jurisprudencia no es así, ya que no es un criterio determinante para la decisión del Juez, más adelante veremos el por qué. No obstante, es uno de los factores que deberá de tener en cuenta a la hora de

³² Artículo 2.2 de la LOPJM

³³ CALVO CABELLO, J. L.: “Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas”, Ed. Eunsa, Pamplona, 1982. p. 333.

dictar la sentencia en la que se establezca el régimen de custodia, ya sea monoparental o custodia compartida.

Para materializar la voluntad del menor, tanto en el Código Civil como en la LOPJM, encontramos referencias y regulación sobre el Derecho del menor a ser oído. Así, el artículo 92.6 del CC, en el que nos indica cuales son las pautas que deberá de seguir el Juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia, preceptúa que se deberá de *“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”*, lo cual se reproduce literalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 777.5, donde se regula el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, y en artículo 770.4 LEC, donde se establece el procedimiento contencioso.

Por otro lado, nos encontramos con el artículo 154, en el que se regula la patria potestad, el cual nos indica que *“Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”* haciendo hincapié al derecho que se les otorga a los menores en cuanto a la toma de decisiones que le afecten, siendo en este supuesto que estudiamos, el régimen de guarda y custodia, tal vez, una de las decisiones que más puedan afectar al desarrollo del niño.

Por último, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor nos ofrece una definición exhaustiva del Derecho del menor a ser oído y escuchado³⁴. En su apartado primero nos indica que *“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”*. Por lo tanto, se trata de un derecho que no solo afecta al Derecho de Familia sino que el menor podrá ser oído en cualquier otro procedimiento ya sea administrativo o judicial.

³⁴ Y así se denomina el artículo 9 de la LOPJM *“Derecho a ser oído y escuchado”*.

Para garantizar que, este derecho fundamental del menor se cumpla con todas las garantías posibles, se establecen unas directrices que deberán de cumplirse a la hora de ejecutar la audiencia del menor. Entre ellas, cabe destacar que, si es necesario, deberá de estar presente un profesional cualificado o experto en materia de desarrollo del menor, la utilización de lenguaje comprensible a su madurez y la obligación de informarle de las repercusiones que pueda conllevar su opinión. Además, podrá ejercer este derecho por medio de representante designado por el menor o por sí mismo³⁵.

Según determinan los artículos 777.5 y 770.4 de la LEC y el artículo 9 de la LOPJM, el legislador establece que la edad en la que el menor tiene suficiente madurez para ser oído es a los doce años cumplidos, debiéndose de escuchar en todo caso, pero esto no descarta la posibilidad de que un menor de esta edad comparezca ante el Juez para mostrar su voluntad siempre que tengan suficiente juicio. Para determinar si el menor tiene suficiente juicio y sus declaraciones deben de ser consideradas deberá de atenderse a todos los aspectos que rodean al menor en el acto: sus movimientos, entonación, actitud, la fluidez con la que habla, etc.³⁶

A la hora de tener en cuenta la expresión de voluntad del menor se debe de prestar especial atención, y no es vinculante para el Juez, a causa de que en muchas ocasiones esta manifestación viene manipulada por alguno de los progenitores. Esta manipulación del menor venía denominándose Síndrome de Alienación Parental (SAP) pero con el paso del tiempo ha ido eliminando el concepto de síndrome y se ha pasado a hablar de Alienación Parental, lo cual queda incluido dentro del fenómeno de las Interferencias Parentales³⁷. Estas interferencias en las decisiones de los menores suelen estar motivadas por la rabia o el deseo de venganza de un progenitor contra el otro, es decir por motivos en los que encontramos excluido totalmente el bienestar del menor, siendo este tipo de interferencias las que los expertos denominan como conscientes. Por otro lado, pueden

³⁵ En el artículo 9.2 y siguientes apartados de la LOPJM encontramos todo el procedimiento que debe de llevarse a cabo para que se cumplan las garantías del menor y del proceso.

³⁶ ROMERO COLOMA, A. M.: *“La guarda y custodia compartida, una medida familiar igualitaria”*. Madrid, Ed. Reus, 2011, p. 58.

³⁷ MOLINA BARTUMEUS, A., VÁZQUEZ ORELLANA, N. y TEJEDOR HUERTAS, A.: *“Estudio multidisciplinar sobre las interferencias parentales”*. Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2019, pp. 161-173.

estar fundamentadas en circunstancias inconscientes del progenitor como la inseguridad o la sobreprotección del menor. Teniendo como consecuencia que el rechazo del menor hacia el otro progenitor.

El primer autor en definir el SAP fue Richard Gardner en 1985, determinándolo como un desorden que surge en la infancia, en muchas ocasiones, tras el divorcio de los progenitores donde surgen conflictos por la guarda y custodia. Siendo la intención (consciente o inconsciente) la de alejar al menor del otro progenitor. Será labor de los peritos forenses expertos en la materia, a la hora de evaluar las rupturas, los de determinar si esta situación se está produciendo y dar parte al Juez mediante la redacción de los informes que se requiera.

Respecto del derecho fundamental de los menores a ser oídos, hay que decir que actualmente se ha remito a las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, el cual intenta dar firmeza a la participación infantil en los ámbitos en los que les afecte mediante este derecho. En el momento en el que se apruebe la ley, la practica de este derecho se tomara en consideración de una forma más adecuada a la establecida actualmente, ya que entre otras cosas se trata de garantizar que las personas que traten con los menores estén especialmente formadas para ello, incluyendo a los jueces y Administraciones Públicas, además de reforzar este derecho con el asesoramiento al menor y atención integral por terapeutas.

1.3. La relación entre los menores y sus padres, así como sus aptitudes personales.

Es importante, que a la hora de determinar con cual de lo menores deben de pasar la mayor parte de su tiempo (en caso de custodia exclusiva) o el establecer un reparto igualitario del mismo entre los progenitores (custodia compartida), se tenga en cuenta el apego y la afectividad que demuestre el menor, para así evitar que un cambio drástico en su forma de convivir con sus progenitores no le afecte a su desarrollo emocional.

Además, se tendrá en cuenta la implicación en la crianza de los hijos previa a la crisis que ha provocado la ruptura de la familia, tratándose en este caso de un criterio

decisivo a la hora de ponderar el tipo de guarda y custodia que deba de aplicarse. Dado que si no ha existido ningún tipo de involucración con los menores durante su convivencia es un indicativo de que no lo será en el futuro.

Se trata de un criterio muy vinculado al *favor filii* y al derecho del menor a ser escuchado, ya que por medio de la audiencia del menor se podrá determinar cuál es la relación que mantiene con ambos progenitores, y los expertos podrán determinar en que nivel vaya a afectar la convivencia con el mismo³⁸.

2. Criterios para la atribución de la custodia monoparental

Como hemos indicado anteriormente no existen unos criterios tasados que deban de aplicarse para el establecimiento de la guarda y custodia monoparental, pero el Juez podrá tener en cuenta para el establecimiento de este régimen los supuestos que se explican a continuación, los cuales no son determinantes de una custodia exclusiva pero sí hacen que se considere como la más apropiada.

2.1. La no separación de los hermanos

Este criterio se encuentra regulado en el art. 92.5 del Código Civil, cuando en su redacción indica que se debe de "*procurar no separar a los hermanos*" haciendo referencia al régimen de custodia que se vaya a aplicar. Siendo por tanto un criterio vinculante, ya que en caso de que el juez estime que lo más beneficioso es que estén separados deberá de argumentar detenidamente las causas que lo motivan.

2.2. La edad de los menores

La edad de los menores fue un criterio determinante para el establecimiento de la custodia hasta la reforma provocada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, la cual elimina la preferencia de la madre por razón de la edad, donde hasta la fecha el Legislador se

³⁸ Teniendo especial consideración aquellos casos en los que haya existido violencia doméstica, alguno de los padres tenga problemas de alcoholismo o drogadicción e incluso en los que no haya habido convivencia por un largo periodo de tiempo.

inclinaba por la custodia a favor de la madre³⁹. Como se estudio al inicio, la redacción originaria del art. 70 CC determinaba la custodia de los menores de 3 años a la madre, posteriormente a los 5 años y por último se amplió esa edad hasta los 7.

Aunque en la actualidad no exista una edad en la que se establezca con qué progenitor estarán o cuál debe de ser el tipo de guarda que se tiene que aplicar, es cierto que la edad de los menores es un factor que no puede dejarse sin evaluar. Partiendo de la edad de lactancia en la que el menor debe de estar en contacto constante con la madre. En cuanto a esto, son varias las sentencias que recogen que hasta los seis meses deberán de permanecer con la madre por ser la edad establecida por los pediatras para la alimentación a base de leche materna, debiendo de establecerse un amplio régimen de visitas con el padre que respete los horarios de comida y sueño⁴⁰.

Aunque en la práctica y dado a los avances tecnológicos que existen en la actualidad, existen casos en los que se da el régimen de custodia compartida en menores de un año, es cierto que lo normal sea una custodia monoparental a favor de la madre hasta la finalización del periodo mínimo de lactancia.

2.3. El lugar de residencia

El lugar de residencia de los progenitores tomará especial consideración cuando el mismo influya en la ejecución del régimen de custodia a tomar. Este criterio no viene a determinar que sea más aconsejable la custodia monoparental, pero sí es cierto que puede desaconsejar la custodia compartida, ya que la cercanía facilitará el correcto funcionamiento de la guarda compartida.

³⁹ SEOSANE SPIELGELBERG, J. L.: “Otorgamiento de la guardia del menor y elección del sistema de parentalidad en el caso de ruptura de familia”, en *“Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba”*, dir. Pico y Junoy, J., Abel Lluch, X., Coord. Miranda Vázquez, C., Ed. Bosch Editor S.L., Barcelona, 2018, pp. 73-77

⁴⁰ RODRIGUEZ, D., “Custodia compartida edad mínima ¿es posible la custodia compartid con bebés lactantes y menores de tres años?” en Vestalia Asociados, 6 de febrero de 2019. Disponible en <https://vestaliaasociados.es> (Última consulta el 17-06-2020).

Debido a la necesidad de establecer una nueva organización familiar, tras la ruptura de la convivencia, en la que se tienen en cuenta circunstancias enfocadas al desarrollo social del menor, toma fuerza el criterio de la distancia entre los domicilios de los progenitores.

Se trata de un criterio jurisprudencial, en el cual existe un nivel de unanimidad elevado, estableciéndose la distancia máxima entre viviendas de 40 kilómetros. La argumentación que ofrece la jurisprudencia está basada en motivos como:

- a) Las horas de descanso del menor, las cuales se verían reducidas cuando se encuentren con el progenitor que tenga su domicilio más lejos del centro de estudios. Teniendo que acortar las horas de sueño para trasladarse hasta el centro escolar.
- b) El lugar de las actividades extraescolares, ya que, si las mismas se encuentran a una distancia superior a los 40 km desde su domicilio, implicaría el retraso de la realización de tareas, cena, etc. Además, conllevando muchas veces que se deje de asistir a las mismas.
- c) En cuanto al desarrollo social del menor, supondría estar fuera de su entorno. Circunstancia que afectará en mayor medida a razón de que la edad del menor vaya ascendiendo.

Dejando de un lado la distancia en kilómetros, toma especial relevancia el caso en que los progenitores vivan poblaciones distintas. Lo que según los criterios jurisprudenciales puede ser contraproducente para el desarrollo del menor, sobre todo cuando se encuentran en edades comprendidas en la adolescencia. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 289/2013, nos indica que, a pesar de que la distancia que hay entre las viviendas de los progenitores ronde los 13 km al encontrarse en municipios diferentes, *“a juicio del tribunal, esto es un factor en cierta manera distorsionador en el régimen de vida de los menores, y no exactamente por la distancia, sino por el lugar donde van a desarrollar su vida social, pues parece más razonable que se centralice en una población y no en dos.*

Los menores están especialmente arraigados en Torre Vieja, donde desarrollan diferentes actividades extraescolares.” Además, continúa la sentencia diciendo que el tribunal no acepta *“cuando se trata de hijos de la edad de los aquí menores, el mayor tiene 11 años,*

períodos de estancia con el progenitor superiores a los semanales en el caso de custodia compartida, excepcionalmente se acepta por quincenas, por considerar precisamente que la custodia compartida exige una proximidad y una alternancia temporal próxima que de no existir prácticamente supondría una situación no muy diferente al de atribución a uno sólo de los progenitores” . De lo que podemos deducir que no solo es necesario que exista cercanía, sino que se pueda garantizar la continuidad de la vida cotidiana de los hijos con el menor cambio posible.

En relación con el establecimiento del lugar de residencia, si ambos progenitores tienen asentados sus domicilios desde el principio y se adjudica un régimen de custodia en base a ello, normalmente no debería de existir conflictos. Pero, ¿qué sucede en la práctica cuando uno de los progenitores desea cambiar su lugar de residencia? Antes que nada, habrá de atender a las circunstancias que van a promover este cambio y el interés del menor si debe de trasladarse de lugar, teniendo siempre en cuenta la opinión o aceptación del otro progenitor. En caso de que no se de acuerdo, deberá de plantear ante el Juez dicha situación y será el que valore la concesión del traslado de residencia del menor. Respecto a esto, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, el cual trata de regular una mayor protección de los menores acorde con la Convención de los Derecho del Niño, establece que *“se atribuye la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad a ambos progenitores. Por tanto, se requiere el consentimiento de ambos o autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, salvo suspensión o privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores”*, precepto que refuerza la idea de mantener la estabilidad del desarrollo del menor y proteger, a su vez, al progenitor que se viese afectado por el cambio de residencia.

En lugares en los que el traslado es más accesible, existen buenas comunicaciones de transporte, y la situación económica de los progenitores pueda garantizar que exista un régimen de visitas adecuado, no es un mayor problema. Pero cuando nos ponemos en el lugar de los progenitores en los que el régimen de visitas, y por tanto el establecimiento de vínculos afectivos con sus hijos, dependa de comunicaciones de transporte aéreas o marítimas, o la frecuencia o conexión de estos medios sea casi escasa, se pone en riesgo la relación paterno o materno filial en todos sus aspectos, y más aún cuando la relación

entre los padres sea conflictiva o inexistente. Por todo ello, cobra especial relevancia lo que se pretende regular en el Proyecto, ya que supone un refuerzo a la protección jurídica de tanto de los derechos del progenitor como del menor. Además, otra garantía que quiere incluir este Proyecto de LO es introducir “*como posible sujeto activo en el tipo penal de sustracción de personas menores de edad el progenitor que únicamente tenga en su compañía a la persona menor de edad en un régimen de estancias*”⁴¹, cuestión muy controvertida en la actualidad, donde como nombramos, son muchos los casos en los que un padre vive en un país diferente del otro progenitor, siendo en los casos conflictivos una de las principales amenazas hacia la expareja.

2.4. La disponibilidad de conciliación de los progenitores

Cuando hacemos referencia a la disponibilidad de los progenitores, para con sus hijos, lo primero que pensamos es en la jornada laboral que desempeñan cada uno de ellos, siendo lo ideal que ambos tuvieran un horario que les permita atender a los hijos ejerciendo el rol de cuidador principal. Sin embargo, la jurisprudencia da la posibilidad a ambos padres de gestionar el cuidado de los menores mientras están bajo su cuidado de la forma que más les convenga⁴², siempre que se garantice el cuidado de los mismos, otorgando así la posibilidad de que puedan acudir a la ayuda de terceras personas.

A pesar de ello, los tribunales tienden a atribuir la guarda y custodia al progenitor que más tiempo disponga, lo que supone que, el no encontrarse activo en laboralmente puede suponer una ventaja sobre el otro progenitor a la hora de solicitar la custodia. En el caso de que ambos progenitores se encuentren trabajando, se entrará a valorar el horario laboral y la cercanía del lugar de trabajo con el domicilio. Además, de valorar por otro

⁴¹ Consejo de Ministros “Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 9 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/> (Última consulta el 19-06-2020).

⁴² FRÍAS, I.; “La guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 9, julio- diciembre de 2016, pp. 114-118. ISSN: 2340-4647.

lado la posibilidad de conciliar el trabajo en situaciones excepcionales como por ejemplo una enfermedad.

Así, la sentencia 194/2018, de 6 de abril de 2018 del TS (Sala 1ª de lo Civil), en base a la aplicación de este criterio, y tras valorar que no existía reproche alguno con los progenitores en los aspectos afectivos con los menores ni en la forma en la que habían llevado a cabo el cumplimiento del régimen de custodia establecido con anterioridad, determina que en base al interés de los menores se otorga la custodia a *“el que propicie una mayor estabilidad a los menores, pues su madre, por trabajo, tiene mayor disponibilidad horaria, sin depender tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos”*.

Confirmándonos el ejemplo anterior la aplicación de este criterio por parte de los tribunales.

3. Criterios de atribución de la guarda y custodia compartida

Al contrario que en el caso anterior, el Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial en cuanto a los criterios que deben darse para que sea de aplicación el régimen de guarda y custodia compartida. Esto se produce en la Sentencia 257/2013 de 29 de abril, estableciendo los criterios mínimos que deben tenerse en cuenta para la adjudicación de una custodia compartida.

Entre los criterios definidos anteriormente y que también se establecen por la nombrada sentencia se encuentra el interés superior del menor, los deseos manifestados por hijos, el cumplimiento de los progenitores de sus deberes en la relación con los hijos, además de cualquier otro que permita a los menores vida adecuada a las necesidades personales, materiales y sociales.

A continuación, definimos los criterios que son determinantes para el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida.

3.1. El respeto mutuo de las relaciones personales entre ambos progenitores.

La finalidad de este criterio es que la atención y los cuidados que deben de recibir los menores se lleven a cabo de forma eficaz. Es por lo que debe de existir un mínimo de comunicación y entendimiento entre ambos progenitores, ya que durante los periodos que compartirán con ambos se va a desarrollar toda la actividad cotidiana del menor. Por lo tanto, deberá de garantizarse que cuando se haga el cambio intercambio de progenitor no se desestabilice la situación del menor.

Así, es necesario que entre la relación de los progenitores no exista, o de existir, sea un grado muy bajo de conflictividad y confrontación, debiendo de caracterizarse por la capacidad de mantener comunicación y predisposición a tener esa buena relación por el bien de los hijos.

La Sentencia 619/2014, de 30 de octubre, del Tribunal Supremo dictamina que *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*, siendo una definición precisa de lo que debe de significar el criterio que se expone. Dando tal importancia, que en la misma sentencia se niega el régimen de custodia compartida por no entender que exista esta relación entre los progenitores.

Por lo tanto, se trata de un criterio esencial sin el cual no podrá establecerse la guarda compartida, porque de lo contrario se establecería un ambiente de conflicto constante que ni es beneficioso para los menores ni lo será para el desarrollo de la vida post matrimonio para los progenitores.

3.2. El resultado de los informes legalmente exigidos.

Los informes que se requieren para la adjudicación de la guarda y custodia compartida son el informe del Ministerio Fiscal, el cual interviene en función del artículo

3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)⁴³ y el informe psicosocial o dictámenes de expertos.

Como vimos al comienzo del trabajo, el informe del Ministerio Fiscal al principio se estableció que debía de ser “favorable” en los casos de que no existiera acuerdo entre los padres, para que pudiera adjudicar el Juez una custodia compartida, lo cual fue derogado por considerar el Tribunal Constitucional como inconstitucional el termino favorable en la redacción del precepto, ya que se trataba de un obstáculo para la actividad judicial, siendo vulnerado el principio de la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, el informe del Ministerio Fiscal no puede impedir que se establezca el régimen compartido, pero sí es influyente en la toma de decisión del Juez.

Por otro lado, el informe psicosocial o de peritos expertos, se llevará a cabo por especialistas cualificados, tienen relevancia ante la deliberación del Juez por determinar en los mismos la conveniencia o no de la guarda compartida a raíz de la exploración de los menores y de los padres, pero no es vinculante.

VII. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

En España coexiste el Derecho Común con el Derecho Foral, y esto es debido a las competencias cedidas a las Comunidad Autónomas⁴⁴, las cuales han mantenido y creado su propio Derecho Civil en las materias en las que tienen competencia, siendo entre ellas lo relacionado con el régimen de guarda y custodia compartida.

⁴³ Art. 3.7 de la Ley 50/1981: “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación” (BOE-A.1982-837).

⁴⁴ De acuerdo con el artículo 149.1. CE, en el cual se establecen las competencias exclusivas del Estado estableciendo la siguiente excepción en su apartado 8º: “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.”

1. Derecho Civil Aragonés.

Aragón fue la Comunidad Autónoma pionera en regular la custodia compartida, lo cual llevó a cabo mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de padres. Esta ley actualmente se encuentra derogada y su legislación persistente la podemos encontrar en el Código de Derecho Foral de Aragón⁴⁵

La custodia compartida en la CCAA de Aragón es el régimen preferente, por lo tanto, dejando en segundo lugar la custodia monoparental. En el artículo 77 del CDFA se establece que los padres podrán fijar un pacto de relaciones familiares, mediante el cual se determinarán las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia. En los supuestos en los que no se haya establecido o no se pueda establecer el pacto, será el Juez quien determine las medidas que van a regir las relaciones entre los progenitores e hijos, adoptando de forma preferente, siempre que sea lo más beneficioso para los menores, la custodia compartida.

2. Derecho Foral de Navarra

La custodia compartida del Derecho Foral de Navarra se regula por la reciente Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

En la ley 68 de la Ley, se establece la responsabilidad parental en caso de falta de convivencia, determinando este precepto que *“aunque los progenitores no convivan juntos, los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental se ejercerán según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente o por uno solo de*

⁴⁵ Cuya redacción actual está establecida por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de 'Código del Derecho Foral de Aragón', el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia.

ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro". Lo que nos indica que ninguno de ellos queda exento del ejercicio de sus funciones y deberes como padres.

En cuanto al establecimiento del régimen de custodia no se decanta por uno, es decir, no existe un régimen que prime sobre el otro. Como en el caso de todas las legislaciones forales y del Código Civil común, los progenitores podrán establecer el régimen mediante acuerdo o ser el órgano judicial el que lo determine. Siendo así, la ley 71 en el que se regula la guarda y custodia dice que *"cuando cualquiera de los progenitores solicite la decisión del juez sobre el ejercicio de la guarda y cuidado diario de los hijos menores, aquel podrá acordar la modalidad de guarda más conveniente para el concreto interés de cada uno de los menores, ya sea esta compartida entre ambos progenitores o individual de uno de ellos"*. Para establecer el régimen el Juez deberá de tener en cuenta la solicitud, propuesta de planificación de las responsabilidades parentales, los informes periciales, la opinión del Ministerio Fiscal y de las personas que se estime necesario⁴⁶.

En la misma ley 71 se establece un listado de criterios que el Juez debe de valorar a la hora de establecer el régimen. Además, si se opta por el compartido deberá de establecer el régimen de tal manera que ambos progenitores tengan las mismas garantías.

3. Derecho Foral de Cataluña

La CCAA de Cataluña regula la custodia compartida en el Código Civil de Cataluña, en el Libro II denominado "Persona y Familia". La norma vigente es la Ley 25/2010, de 29 de julio.

Partiendo de la premisa de que la separación o el divorcio no eximen a los padres de las responsabilidades que tienen con sus hijos, las cuales son compartidas por ambos y dentro lo posible deberán de ejercerse de forma conjunta. Para ello, existe el plan de parentalidad, que debe de ser aprobado por el Juez, en el cual los progenitores tienen que proponer todos aquellos aspectos que afecten al cuidado, educación y régimen de guarda y custodia de los menores.

⁴⁶ Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (BOE-A1973-330).

Este plan de parentalidad debe de contener un acuerdo entre los progenitores, los cuales deberán de establecer en el mismo en base al artículo 233-9.2 CCCat.: lugar o lugares donde residiría el menor; tareas de las que será responsable cada progenitor en relación con las actividades del hijos; la forma de realizar el cambio de guarda; comunicación con el progenitor no custodio en cada momento; régimen de estancias de los hijos con cada progenitor; educación, actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre; comunicación entre los progenitores; cambios de domicilio, en el caso de que los hubiera y, cualquier otra cuestión relevante⁴⁷.

En cuanto al modo de ejercer la custodia, el artículo 233-10 nos indica que deberá de ser como se haya convenido en el plan de parentabilidad y a falta del mismo será la autoridad judicial el que lo determine, pero siempre atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades, sin perjuicio de que lo más beneficioso para el menor sea la guarda individual, que entonces habría que atender a ello.

A diferencia de lo que sucede con el Derecho Común, el Código catalán en su art. 233-11.1 establece un listado de criterios que se deberán de atenderse para determinar el régimen adecuado:

- 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.*
- a) *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.*
- b) *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.*

⁴⁷ DELEGADO SÁEZ, J.: “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las Comunidades Autónomas con derecho propio”, en *“Derecho de familia: nuevos retos y realidades”* Dir. PERALTA CARRASCO, M., Coord. ACEDO PENCO, A. y SILVA SÁNCHEZ, A., Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2017, pp. 103-113.

- c) *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.*
- d) *La opinión expresada por los hijos.*
- e) *Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.*
- f) *La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.”*

Además, haciendo referencia al criterio de no separación de los hermanos en el apartado 2 del mismo artículo.

4. Derecho Foral de País Vasco

El País Vasco ha sido la última CCAA que ha ejercido su derecho a regular la guarda y custodia, haciéndolo mediante la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Dicha Ley establece como el régimen recomendable para los casos de ruptura familia la guarda y custodia compartida. Ésta se encuentra regulada en el artículo 9, en el cual se establece que los progenitores podrán pactar de mutuo acuerdo que la custodia sea compartida, o por el contrario podrá uno de ellos solicitarlo al Juez, cuya solicitud deberá de ir acompañada de una propuesta de desarrollo de la custodia.

Además, cabe destacar que, en relación con el criterio establecido por el Tribunal Supremo de la buena relación entre los progenitores, en el mismo articulado de la norma del País Vasco queda totalmente disuelto, estableciendo esta que la mala relación no es un impedimento para que se otorgue el régimen compartido⁴⁸. Siendo pionera en esta materia.

⁴⁸ Artículo 9.2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio: “*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.*” (BOE-A-2015-8275).

5. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Comunidad Autónoma de Valencia.

La nombrada Ley entró en vigor el 5 de mayo de 2011, pero en el mes de julio del mismo año, a causa de la presentación y admisión del Recurso de Inconstitucionalidad con nº 3859/2011 por parte del Presidente del Gobierno, se produjo la suspensión de la Ley. Sin embargo, se levantó esta suspensión el 3 de diciembre de 2011, publicado así en el BOE.

En dicha norma se regulaban las relaciones familiares una vez se hubiera producido la ruptura o la situación de no convivencia. En ella. El régimen prevalente era el compartido, el cual define en su artículo 3 apartado a) como *“el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”*. Haciendo referencia en el apartado b) al régimen de convivencia individual como el modo excepcional⁴⁹.

La Ley determina que los progenitores podían establecer un pacto de convivencia familiar, en el que debía de contenerse el régimen de convivencia o de relaciones con los menores en el que se garantice contacto con ambos progenitores; la relación mínima con los hermanos, abuelos, parientes y allegados; el destino de la vivienda familiar y la cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos⁵⁰. De lo contrario, era el Juez el que determinaba todos los puntos anteriores, y estableciendo como regla general el régimen de convivencia compartida.

⁴⁹ Artículo 3.b) LRF: *“Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”*. (BOE-A-2011-7329).

⁵⁰ Artículo 4.2. LRF.

El 16 de noviembre de 2016, se dicta sentencia por el Tribunal Constitucional⁵¹, en resolución al Recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno, en la que se falla la nulidad de la Ley autonómica por considerarse que fue aprobada fuera de las competencias que el art. 149.1 CE concede al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana y así se deja ver en la sentencia cuando expresa *“se deriva la falta de competencia de la Comunidad Valenciana, en este caso, para regular las consecuencias civiles de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores. Lo cual debe conducir a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, porque, a pesar de que efectivamente este Tribunal ha reconocido la posibilidad legítima de la Comunidad Valenciana de legislar las normas civiles consuetudinarias, en el caso de la materia de derecho de familia concernida no se ha probado su vigencia en el territorio autonómico y, en consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 149.1.8 CE para el reconocimiento de la competencia a la Comunidad Autónoma”*.

¿Qué sucedió con los casos resueltos en base a la Ley tras la declaración de nulidad? La respuesta esta cuestión nos la ofrece el Tribunal Constitucional en la misma sentencia en la que resuelve la nulidad. Así en su fundamento jurídico 5º dice *“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”*. Por lo tanto, los conflictos resueltos hasta el momento de la nulidad siguieron rigiéndose por lo establecido.

⁵¹ STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016 (BOE-A-2016-12362)

VIII. CRITERIOS EXCLUYENTES DE LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

Conforme con el artículo 92.7 del Código Civil “*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*”.

En base al primer supuesto establecido por el artículo anterior, hay que tener en consideración varias situaciones. La primera es que a razón de ello es probable que la decisión sobre las relaciones paterno o materno filiales no las vaya a determinar el orden civil, sino que sea el Juez de lo penal que esté conociendo el caso el que las regule. La situación más común es el caso de la violencia familiar. Dándose varias situaciones procesales diferentes, las cuales no vamos a estudiar. Debiendo resaltar que el simple hecho de estar pendiente de un procedimiento penal o que se haya interpuesto contra la persona una denuncia no es determinante en este caso. Así PINTO ANDRADE indica que el termino “*estar incurso en un proceso penal*” se trata de una descripción indeterminada que puede dar lugar a que la otra parte pueda interponer denuncia para paralizar la adjudicación de la custodia u obtener beneficio en base motivos infundados.

Hay que añadir a los supuestos anteriores que los tribunales han establecido las circunstancias de drogodependencia, alcoholismo, enfermedad mental como casos de exclusión de la custodia, además en muchas ocasiones también se estudia el tipo de vida que llevan los progenitores, el cual puede derivar en la exclusión o pérdida de la custodia, ya que se trata de situaciones que afectan directamente sobre el interés superior del menor y su desarrollo emocional y social.

IX. EFECTOS DE LA CUSTODIA

Una vez se termina el régimen de custodia, bien sea exclusiva o compartida, en los casos generales de régimen de custodia, se producen consecuencias tanto patrimoniales como personales hacia los de los progenitores.

1. Régimen de visitas

La relación entre los menores y los progenitores debe de ser constante y fluida, la ruptura no puede acarrear un desequilibrio entre las relaciones parto-filiales por el simple hecho de que convivan con uno u otro progenitor, sobre todo en los casos de custodia monoparental, donde el establecimiento de un régimen de visitas acorde a las necesidades del menor es fundamental.

La función de este es la de mantener los lazos afectivos entre los progenitores y los menores durante los periodos en los que no se encuentren conviviendo. Tomando especial influencia en este aspecto el, ya nombrado, síndrome de alienación parental, el cual supone que se prive de la relación del menor con el otro progenitor y ello conlleve al rechazo.

En los casos de custodia compartida, los cuales se caracterizan por existir un régimen de alternancia de los menores con los progenitores, pudiéndose establecer en los periodos de tiempo que mejor convengan al bienestar del menor, aunque como vimos en la SAP de Alicante nº 289/2013, cada tribunal tiene sus preferencias, siendo el de la Audiencia Provincial de Alicante, periodos de alternancia semanales y excepcionalmente, si las circunstancias lo requieren, quincenales. En otras ocasiones se pueden establecer por periodos mensuales e incluso anuales. Todo ello, sin perjuicio de que se establezca un régimen de visitas con el progenitor con el que no se encuentren durante el periodo alterno.

Se trata de uno de los puntos más conflictivos de a la hora de ejecutar los acuerdos adoptados, bien por las partes o judicial. Si no existe comunicación y un buen llevar de la relación de los progenitores, este es el punto que genera más controversia, ya que aunque el régimen de visitas sea pactado o establecido por el Juez, no siempre coincide con los intereses o situaciones que se van surgiendo durante la vida del menor, es lo que hay fines de semana o días, e incluso periodos vacacionales enteros en los que uno de los progenitores desea pasar con los menores y si no cabe la posibilidad de intercambio o ajuste en este sentido explota el caos, lo cual genera en el menor un enfrentamiento entre su deseo de compartir ese día o momento con el progenitor al que no tocaba el periodo,

en caso de ser así, y el tener que acudir a su visita “cabreado” o “triste” por tener que cumplir, y todo por la falta de cooperación entre progenitores.

2. Atribución del uso de la vivienda familiar.

Si atendemos a lo preceptuado en el artículo 96 del Código Civil: “*en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”, observamos que está redactado en función de la custodia exclusiva, por lo que respecto a la misma no surge ningún inconveniente. Sin embargo, cuando pensamos en el supuesto de la custodia compartida y en atención a lo que establece el Código Civil, parece derivarse que los que permanecerán en la vivienda serán los menores y en su defecto, son los progenitores los que hacen el cambio de domicilio, lo cual supone un punto de conflicto, ya que entran a debatirse situaciones como la organización, las visitas de terceras personas al domicilio, etc. Por lo que generalmente se atribuye la vivienda a uno de los progenitores en función de criterios como la dificultad de acceso a una nueva vivienda, la salud del progenitor que se queda en la misma, la capacidad económica entre otros.

3. Pensión de alimentos.

En garantía del cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la patria potestad, como la de alimentar a los hijos, cuando se produce la ruptura del matrimonio suele establecerse una pensión de alimentos en favor de los menores.

La regulación de ésta la encontramos en el artículo 146 del CC: “*La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”. Como se puede comprobar de su lectura, se trata de una regulación indeterminada y que deberá de ajustarse a cada caso concreto, determinando su cuantía

en proporción a los ingresos del progenitor obligado. Será por tanto el Juez el que determine en cada caso el porcentaje en que deba de abonarse⁵².

En el caso de la custodia compartida, lo normal es que los progenitores satisfagan los gastos de alimentos durante el periodo en el que se encuentran con ellos, sin tener que abonar al otro progenitor ninguna cantidad por este concepto. Sin perjuicio, de que la diferencia económica sea tal que se considere que es necesario establecer la misma en favor del progenitor que no pueda garantizar por sus medios el cumplimiento de las necesidades del menor.

En cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios de los menores, como pueden ser la vestimenta y los útiles escolares, la norma general es que se establezcan a partes iguales, es decir al 50% cada progenitor, siempre que sea posible acorde con la situación financiera de los padres.

X. CONCLUSIONES

Después haber realizado el estudio sobre la legislación que regula los regímenes de custodia en España, podemos concluir que:

1. A pesar de que se ha producido un gran cambio en la regulación del Código Civil, principal norma que rige el sistema de custodia, siguen existiendo lagunas que deben de complementarse con la jurisprudencia, la cual no es unánime en todas las Comunidades Autónomas, por tanto, creando desventajas en virtud del lugar donde se desarrolle el proceso.
2. El estudio de cada caso es totalmente independiente y es una de las razones por las que no existen unos criterios que determinen qué es lo más beneficioso en el momento de tomar la decisión de otorgar un régimen u otro, por parte del Juez, es por ello que el estudio del caso en concreto debe de ser exhaustivo y no ceñirse solo a lo que las partes

⁵² Art. 93 CC: “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

quieran demostrar en el procedimiento, ya que en la mayoría de los casos priman intereses ocultos.

3. Los informes del Equipo Psicosocial no son ni obligatorios para las partes, ni vinculantes a la decisión del Juez, y a mi juicio considero que es una de las modificaciones que deben de realizarse para garantizar que la voluntad del menor es la que ha demostrado en el acto, además no solamente en ese momento, sino que debería de hacerse un estudio más detenido en el tiempo en el que puedan detectarse los problemas de fondo que en realidad le afectan.

4. Tras comprobar que en la actualidad sigue existiendo un número muy elevado de adjudicaciones del régimen de custodia monoparental, podemos deducir que sigue siendo el régimen que se aplica por defecto, ya que determinar la idoneidad de la custodia compartida conlleva un “sacrificio” para ambos progenitores, lo que en este caso no es cuestión de legislación sino de avance social.

5. Que la custodia compartida se determine como la deseable es un paso más hacia el interés superior del menor, siempre y cuando sea realmente lo que más le conviene. De lo contrario, lo ideal es que establezca un régimen de visitas amplio, en el que puedan garantizarse el mantenimiento de los lazos afectivos y el desarrollo del menor no se vea afectado por la falta de comunicación con uno de sus progenitores, ya que al final ambos son igual de importantes para su desarrollo personal, social y emocional.

6. Tras el estudio realizado, y habiendo comenzado el trabajo con una idea totalmente consolidada sobre el régimen de custodia más adecuado, he de reconocer que no sería capaz de decantarme por ninguno, dado que la subjetividad de cada caso requiere un estudio especializado e individualizado.

7. El trabajo hacia la corresponsabilidad parental comienza desde la crianza de los hijos en la sociedad, los cuales posteriormente sea los que tenga que discutir en los tribunales o establecer un acuerdo para formar una situación jurídico familiar adecuada, y es por ello por lo que no todo el trabajo depende del legislador, ya que en los valores de la sociedad se encuentra la base para obtener un buen resultado, en cuanto a materia de Derecho de Familia se trata.

8. En relación con el punto anterior, y a favor del legislador, debemos de tener especial consideración con el Proyecto de Ley de Protección a la Infancia, ya que va a suponer un cambio de la regulación actual, introduciendo preceptos de relevante importancia, que van a garantizar que el régimen de guarda y custodia se atribuya en un proceso con más garantías que el actual, siendo beneficioso para el interés superior del menor.

XI. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

BEATO DEL PALACIO, E. B.: “La función social de la patria potestad” En: *Principios del derecho I*, Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2014.

CALVO CABELLO, J. L.: “*Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas*”. Ed. Eunsa, Pamplona, 1982.

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

DELEGADO SÁEZ, J.: “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las Comunidades Autónomas con derecho propio”, en “*Derecho de familia: nuevos retos y realidades*” Dir. PERALTA CARRASCO, M., Coord. ACEDO PENCO, A. y SILVA SÁNCHEZ, A., Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2017.

LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, Ed. La Ley.
GUILARTE MARTÍN CALERO, C.: Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 92 del Código Civil”. En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2009.

MOLINA BARTUMEUS, A.: VÁZQUEZ ORELLANA, N. y TEJEDOR HUERTAS, A., “*Estudio multidisciplinar sobre las interferencias parentales*”. Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2019.

MURTALA LAFUENTE, V.: “*El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*”. Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2016.

NIETO MORALES, C./HERNANDO RAMOS, S./TORRES REVIRIEGO, M. R. y ZAMORA SEGOVIA, M. L.: “*Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*”. Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2016.

PINTO ANDRADE, C.: “*La custodia compartida*”. Barcelona, Ed. Bosch S.L., 2009.

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

SEOSANE SPIELGELBERG, J. L.: “Otorgamiento de la guardia del menor y elección del sistema de parentalidad en el caso de ruptura de familia”, en “*Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*”, dir. Pico y Junoy, J., Abel Lluch, X., Coord. Miranda Vázquez, C., Ed. Bosch Editor S.L., Barcelona, 2018.

REVISTAS:

FRÍAS, I.; “La guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 9, julio- diciembre de 2016. ISSN: 2340-4647

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, Madrid.

PUBLICACIONES:

RODRÍGUEZ GUTIERREZ, N.: “*El plan de corresponsabilidad parental*”, Diario de la Ley, Nº 9583, Secc, Tribuna, Wolters Kluwer, 2020.

GARCÍA PASTOR, S.: *“Síndrome de alienación parental”*. Elche, Crimina (Centro del estudio y prevención de la delincuencia), 2017.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006. Planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. (BOE-A-2012-14060) (Última consulta 12/06/2020).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª), núm. 289/2013, de 27 de mayo de 2013. Texto obtenido de la página oficial del Consejo del Poder Judicial (Última consulta el 15/06/2020).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 194/2018, de 6 de abril de 2018. Texto obtenido de la página Vlex (Última consulta 18/06/2020).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 257/2013, de 29 de abril de 2013. Texto obtenido de la página Vlex (Última consulta 17/06/2020).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 619/2014, de 30 de octubre. Texto obtenido de la página Vlex (Última consulta 17/06/2020).

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Texto obtenido del Boletín Oficial del Estado (BOE-A-2016-12362) (Última consulta 16/06/2020).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), núm. 358/2017 de 7 de septiembre de 2017. Texto obtenido de la página oficial del Consejo del Poder Judicial (Última consulta el 18/06/2020).

LEGISLACIÓN:

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763).

Ley de Divorcio, de 12 de marzo de 1932, publicada en la Gaceta de Madrid – Nº 72, p.1794-1799.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE-A-1981-16216).

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE-A-2005-11864).

Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE-A-1990-25089).

Constitución Española de 1978 (BOE-A-1978-31229).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-1996-1069).

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE-A-1982-837).

Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de padres (Publicado en el Boletín Oficial de Aragón el 8 de junio de 2010, núm. 111).

Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de 'Código del Derecho Foral de Aragón', el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia (Publicada en el BOA el 4 de abril de 2019, núm. 66)

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE-A-2010-13312).

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de navarra (BOE-A-1973-330).

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE-A-2015-8275).

Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Comunidad Autónoma de Valencia (BOE-A-2011-5708).

Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de 19 Julio de 2013. (BOE: Núm. Expediente 438/2014 (Justicia)).

PÁGINAS WEB:

RODRIGUEZ, D., “*Custodia compartida edad mínima ¿es posible la custodia compartida con bebés lactantes y menores de tres años?*” en Vestalia Asociados, 6 de febrero de 2019. Disponible en: <https://vestaliaasociados.es> (Última consulta el 17-06-2020)

INE “Estadísticas de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD)”, 2018. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf (Última consulta el 17-06-2020)

Defensor del Pueblo “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor”, 2015. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf> (Última consulta el 15-06-2020)

Consejo de Ministros “Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 9 de junio de 2020. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/090620-enlace_infancia.aspx (Última consulta el 19-06-2020).