



UNIVERSIDAD DE LEÓN

Facultad de Derecho
Grado en Derecho
Curso 2014/2015

**LA GUARDA Y CUSTODIA.
SU EVOLUCIÓN HACIA LA CUSTODIA
COMPARTIDA Y EL ANÁLISIS DE LA MISMA.**

THE CARE AND CUSTODY.

*THEIR EVOLUTION TOWARDS JOINT CUSTODY AND THE
ANALYSIS OF IT.*

Realizado por el alumno D. Daniel Fernández López.

Tutorizado por el Profesor Dña. Marta Ordás Alonso.

INDICE

Abstract.....	4
Resumen.....	4
Objeto el Trabajo.....	5
Metodología.....	7
Abreviaturas.....	8
I. Introducción.....	9
1) La filiación.....	9
2) La patria potestad.....	11
3) Rasgos generales de la guarda y custodia compartida.....	13
4) Régimen de visitas.....	18
II. Breve análisis de la situación existente con anterioridad a la Ley 15/2005.....	19
1) Ley del Matrimonio Civil de 1870.....	19
2) El Código Civil Español de 1889.....	20
3) Ley del Divorcio de 1932.....	20
4) Ley de 1958.....	22
5) Ley del Divorcio de 1981.....	22
III. La Ley 15/2005 de 8 de julio.....	27
IV. El art. 92 del CC.....	34
1) La atribución de la custodia compartida.....	35
1.1) El art. 92.5 del CC. El acuerdo de los padres.....	35
1.2) La imposición del Juez.....	38
➤ <i>El informe del Ministerio Fiscal (art. 92.8 del CC)</i>	38
➤ <i>El dictamen de un especialista</i>	41
➤ <i>La relación entre los progenitores</i>	43
➤ <i>La audiencia del menor</i>	44
2) Supuestos en lo que no procede la custodia compartida.....	46
2.1) Proceso penal.....	46
2.2) Violencia doméstica.....	48
V. Breve referencia a algunas prácticas comunes de la atribución de la custodia compartida.....	49

1) Los gastos del menor.....	49
2) La vivienda familiar.....	52
3) El colegio.....	54
VI. Responsabilidades por incumplimiento.....	55
VII. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.....	60
VIII. Conclusiones.....	70
IX. Bibliografía.....	72

ABSTRACT.

The present paper explains how the care and custody system has been changing over the years, until it has reached the desired aim of the joint custody. Without a shred of doubt, it has been an extremely long way, and it has also been really controversial in many instances. The whole current situation of this system is going to be analysed, devoting special attention to the primacy of the interests of the minor, the incompatibilities within the principles of our Civil Code, the consequences of imposing the mentioned custody, and the need to cooperate and coordinate between parents. Furthermore, problems related to the breach of joint custody obligations are going to be faced, paying particularly attention to child abduction cases.

Ultimately, a briefly analysis is going to be made of the new draft law, which is ongoing nowadays, assessing positive and negative aspects of the changes made with respect to the actual Civil Code.

Key Words: Joint custody, child, progenitors, interests of the minor.

RESUMEN.

El presente trabajo nos refleja cómo se ha ido regulando el régimen de la guarda y custodia durante el paso de los años hasta llegar a la deseada custodia compartida. Sin duda alguna, un camino muy largo y en muchas ocasiones muy conflictivo. Analizaremos toda la situación actual de este sistema, la primacía del interés del menor, las incompatibilidades de alguno de los preceptos de nuestro Código Civil, las consecuencias de imponer dicha custodia, la necesidad de una cooperación y coordinación entre los progenitores.

Por otro lado, afrontaremos los problemas reales en cuanto a los incumplimientos de las obligaciones derivadas de la custodia compartida, y en especial, lo relativo a la sustracción de menores.

Por último, un pequeño análisis del nuevo Anteproyecto de Ley que está en marcha, valorando positiva y negativamente todas las modificaciones respecto del Código Civil actual.

Palabras clave: Custodia compartida, menores, progenitores, interés del menor.

OBJETO DEL TRABAJO.

En el presente trabajo, hemos querido hacer un pequeño análisis del régimen de la guarda y custodia compartida, así como su evolución a lo largo de la historia de España, en cuanto a su regulación dentro del Derecho de Familia.

Consideramos muy importante hacer ver la relación o influencia que existe entre la guarda y custodia compartida y otros tipos de regímenes, como son la filiación, la patria potestad o las visitas por parte del progenitor no custodio. A lo largo del trabajo quisimos reflejar como la variación de uno de estos regímenes, anteriormente mencionados, puede llegar a modificar el resto, y siendo unos necesarios para los otros. Así sucede es el caso del régimen de visitas, el cual, variara en función del tipo de custodia que se imponga, pero también de las circunstancias de cada progenitor, no solo en el momento de su interposición, sino en cualquier momento.

El trabajo se ha enfocado siempre desde una perspectiva positiva y favorable hacia la imposición de la custodia compartida como mejor modelo para poder salvaguardar el interés del menor, reflejando así que es la mejor manera de acercarse a la relación existente con anterioridad a la ruptura matrimonial o de convivencia. Esto se ha hecho no solo explicando la regulación existente, sino estudiando la realidad social en los casos donde haya menores tras producirse la nulidad, separación o ruptura del vínculo matrimonial o la convivencia familiar en su caso. Para ello, hemos acudido a la jurisprudencia de los órganos judiciales para poderlo comprobar, y a partir de ahí hacer un estudio sobre las mayores tendencias, las características necesarias para que se pueda llegar a establecer, la aplicación de los diferentes preceptos referentes a este régimen, y en especial si efectivamente es lo más beneficioso para el menor, ya que, como ya hemos dicho, es el fin que persigue el legislador.

Se ha afrontado varios problemas teóricos y prácticos referentes a la custodia compartida:

El primero lugar, el relativo a la inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código Civil, por atentar contra varios preceptos de nuestra Carta Magna.

En segundo lugar, y en el ámbito práctico, lo que ocurre en los casos en los cuales uno de los progenitores, aprovechando su situación de confianza sobre el menor, se lo lleva para trasladarlo a otro país, lo que es conocido por sustracción de menores. Ante este

hecho, el legislador tanto nacional como internacional ha creado diversos instrumentos para poder paliar estas actuaciones, y poder restablecer la situación lo antes posible.

En tercer y último lugar, hemos querido analizar el nuevo Anteproyecto de Ley que afectará en gran medida a la guarda y custodia compartida, equiparándola con la individual que, actualmente, es de carácter preferente respecto a la conjunta. Pero no nos quedamos en el simple estudio de este futuro cuerpo normativo, sino que afrontaremos los problemas que preocupan al legislador, como es el caso de la posibilidad de establecer un régimen de comunicación del menor a favor del autor de un delito de violencia de género.

METODOLOGÍA.

Para la realización de este trabajo sobre la guarda y custodia compartida, abordamos una primera aproximación al tema objeto de estudio, a través de diferentes tipos de fuentes tales como libros o, artículos de revistas, y en especial, acudimos a la amplia jurisprudencia existente.

Con todos los conocimientos adquiridos, realizamos un índice estructurado donde desarrollar aquellas cuestiones de mayor relevancia sobre el tema central del trabajo.

A continuación, procedimos a la elaboración de los diferentes apartados del ya mencionado índice, utilizando para ello, principalmente la interpretación que de la normativa existente se recogía en las resoluciones judiciales. Se trata, por tanto de un trabajo eminentemente jurisprudencial que pretende abordar la guarda y custodia, especialmente la guarda y custodia compartida, desde un punto de vista práctico. A pesar de ello, también hemos acudido a diversos autores para poder completar lo que en las sentencias de los órganos judiciales se recogía.

ABREVIATURAS.

CC: Código Civil

CE: Constitución Española.

TS: Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

art: Artículo.

CP: Código Penal.

AP: Audiencia Provincial.

MF: Ministerio Fiscal.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

I. INTRODUCCIÓN.

Han transcurrido muchos años desde la aprobación del divorcio en la Ley 30/1981, de 7 de julio,¹ hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio², donde se recoge el régimen de la guarda y custodia compartida de los hijos menores por parte de sus progenitores tras el cese de la convivencia conyugal derivada de una crisis matrimonial. Este régimen, tal y como estudiaremos más adelante³, queda recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 92 del Código Civil.

1) La filiación.

Antes de entrar en la materia de fondo, hay que determinar lo que es la filiación y sobre qué personas recae la misma.

En primer lugar, la filiación es aquella relación jurídica existente entre los progenitores, es decir, los padres y sus hijos⁴. En segundo lugar, para poder determinar sobre quienes recae este régimen debemos desglosar el propio art. 108 del CC, donde podemos observar que la relación jurídica expuesta anteriormente se da tanto de manera natural, es decir, por el mero nacimiento biológico, o mediante la adopción.

En el caso de la filiación por nacimiento, puede darse dentro del matrimonio, en cuyo caso, si los progenitores deciden poner fin a la relación conyugal y existen hijos menores de por medio, deben de velar por su bien, así como prestarles alimentos, tal y como se desprende del propio art. 110 del CC. Ahora bien, no solo va a darse esta vinculación al menor cuando haya un vínculo matrimonial, sino que también en los casos en los cuales este no exista, es decir, va a existir filiación biológica en las mismas características y condiciones que si ese menor hubiese nacido dentro de un matrimonio. Así lo ha considerado el propio Tribunal Constitucional (TC en adelante) en su Sentencia 154/2006, de 22 de mayo⁵, donde se basa en los arts. 39.3 en relación con el 14 de la Constitución Española (CE en adelante), que recogen el principio de igualdad

¹ 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.

² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley del Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

³ Vid. Apartado IV; “*El Artículo 92 del CC*”. p. 34-49.

⁴ QUICIOS MOLINA, S. *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, 3ª Edición, Bercal, Madrid, 2013. P. 207.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 22 de mayo RTC\2006\154.

de todos ante la ley, considerándose unos y otros hijos en las mismas condiciones y derechos.

Por otro lado, el precepto objeto de análisis (art. 108 del CC), otorga la misma vinculación a los hijos adoptivos que a los biológicos frente a los padres que le han adoptado, excluyéndose de esta manera toda relación con los padres biológicos⁶. Este hecho, tiene su justificación en el propio principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española.

Situación que ha variado recientemente con la aprobación de la Ley 26/2015⁷, de 28 de julio, donde se han modificado varios artículos del CC, y, en concreto, el art. 178. En este sentido, tiene gran importancia el nuevo apartado cuatro donde, velando por el interés del menor, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, se podrá acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológico. En todo caso, en el momento de constituirse la adopción, el propio Juez será el que determine el mantenimiento de la relación con la familia biológica, su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptado con suficiente madurez y mayor de doce años, aunque será oído cuando su edad sea inferior a esta. Se llevará a cabo una serie de informes sobre el seguimiento de las relaciones del menor con su familia de origen durante las visitas que se hayan pactado, velando siempre por su interés, pudiendo el Juez en cualquier momento modificar el tiempo acordado.

Esta relación jurídica de los padres con los hijos tiene una gran importancia, ya que se trata de un presupuesto necesario para poder acordar la guarda y custodia compartida de los menores, la cual, basándose en el art. 160 del CC va a ser otorgada, en un principio a los padres, ya que van a tener derecho a continuar la relación que tenían anteriormente con el menor.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de septiembre de 2006 RJ\2006\6547.

⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Entrada en vigor el 18 de agosto del 2015.

El propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de mayo de 2014⁸ ha dejado reflejada la importancia de la filiación, o lo que es lo mismo, la relación jurídica de los padres con los hijos, a la hora de establecer un determinado régimen de guarda y custodia. De esta manera, en la mencionada resolución judicial, trata de una pareja homosexual cuyos miembros deciden ser madres mediante la fecundación in vitro. Tras este proceso, nacen tres niñas, siendo solo una la madre biológica, mientras que la pareja de esta adopta a una de ellas, pasando a ostentar la filiación de la menor en función del art. 131 del CC. La controversia aparece con la demanda de divorcio, ya que, ambas solicitaron la custodia exclusiva de las menores, fallando el Tribunal a favor de la madre adoptiva de una de las niñas, por considerarla más capaz para el cuidado de la misma que la madre biológica. La Sala denegó la custodia de las otras dos menores a su madre natural basándose en el principio de no separar a los hermanos, y además existía un proceso abierto para la adopción de estas.

Con esta sentencia comentada quiero reflejar que, a la hora de otorgar la guarda y custodia a uno de los progenitores en primer lugar se tiene en cuenta la filiación, no siendo discriminatorio si se trata de carácter natural o adoptiva. Y en segundo lugar, se tiene muy presente la existencia o no de hermanos. Personalmente, creo que en este caso sería más correcto una custodia compartida, ya que no se ha dictado todavía una sentencia sobre la filiación de dos de las tres hijas, y para no separar a las hermanas, y por consiguiente velar por los intereses de las menores, es necesario que se mantenga la relación con ambas madres hasta la resolución de la sentencia, evitando de esta manera que la madre custodia de las menores pueda influir en cualquier decisión tomada por estas.

2) La patria potestad.

Ostentar la patria potestad conlleva para los padres velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes hasta su mayoría de edad o emancipación (art. 154 del CC). Pero no solo los padres tienen obligaciones, sino que los hijos también las tienen, tal y como podemos observar en el art.155 del CC, entre las que encontramos obediencia y respeto hacia sus progenitores, o la contribución al levantamiento de las cargas familiares.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 19 de mayo de 2014 RJ\2014\2813.

En muchas ocasiones se confunde la patria potestad con el régimen de la guarda y custodia de los menores. Esto se debe al considerar ambos regímenes iguales, o que ostentar uno de ellos da automáticamente la posesión del otro, es decir, tener la patria potestad garantiza disfrutar de la custodia del menor.

Pues bien, a pesar de que ciertamente hay una vinculación entre ambas instituciones, existe una clara diferenciación entre las mismas, ya que, mientras la patria potestad es un vínculo jurídico del que derivan facultades y obligaciones recíprocas de los padres frente a los hijos y de estos frente a sus progenitores (art. 154. III del CC), la guarda y custodia se refiere a la convivencia, cuidado y asistencia de los menores a su cargo⁹ como, por ejemplo, en lo relativo a la educación, alimentos o la administración de los bienes del menor.

Continuando con esta diferenciación, la patria potestad, con carácter general, se posee de manera conjunta por ambos progenitores, así como su ejercicio. La guarda y custodia se ejerce y posee de manera conjunta mientras dure la convivencia familiar pero, a diferencia de la patria potestad, surgen los problemas o controversias cuando hay una demanda de nulidad, separación o divorcio ya que este régimen va a ser muy diverso, pudiendo ser disfrutado de manera individual por uno de los dos padres, o de manera compartida¹⁰.

Hemos venido comentando que la patria potestad posee y se ejerce de manera conjunta, pero no siempre es así, ya que, en cuanto al ejercicio de la misma, el propio art. 92.4 del CC nos dice que, bien mediante convenio regulador, o bien por decisión del Juez, la patria potestad podrá ser ejercitada total o parcialmente por uno de los cónyuges. Ello no implica su privación, pues la patria potestad es un derecho inderogable e irrenunciable¹¹. Ahora bien, tal y como establece el art. 170 del CC, en supuestos como pueden ser, el incumplimiento de las obligaciones que tienen los progenitores con sus hijos¹², o en los supuestos de que uno de los padres se encuentre inmerso en una causa

⁹ <http://www.divorcioexpres.es/patria-potestad-guarda-custodia.htm>

¹⁰ Vid. Apartado III: *La Ley 15/2005*. p. 27-34.

¹¹ MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Manual de Derecho Civil*, 3ª Edición, Bercal, Madrid, 2013, p. 107.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre de 2014 AC\2015\39.

criminal¹³, y siempre que sea recogido en sentencia judicial, el Juez podrá privar total o parcialmente de este derecho al progenitor.

Perder la patria potestad no quiere decir que no vaya a poder disfrutar del mismo en ningún momento, pudiendo los Tribunales acordar la recuperación de la misma sobre el menor siempre y cuando cese el motivo que propició dicha privación, y siempre que sea en interés del menor¹⁴.

En los supuestos en los cuales exista esta privación de la que venimos hablando, hacia uno o ambos progenitores, no se va poder otorgar la guarda y custodia, ya sea conjunta o individual, al padre o madre que se encuentre privada de la patria potestad. El motivo es muy simple, para poder establecer este régimen de custodia sobre el menor, se hace atendiendo principalmente en el interés de este para su beneficio a la hora de desarrollarse, socializarse o su propia educación. Por lo que si una persona ha sido privado de la patria potestad de este, es precisamente por no velar por los intereses del menor, o incluso actuar en contra de estos. Lo mismo ocurría en el supuesto caso de que, una vez otorgada la guarda y custodia sobre el menor, el que la ostenta pierde la patria potestad, directamente va a perder el derecho sobre el disfrute del régimen jurídico de la custodia del menor.

Para finalizar, a pesar de que la patria potestad es un presupuesto de gran influencia para poder otorgar la guarda y custodia de un menor, no es necesario para concederla, ni siquiera va suponer una garantía de que vas a ser titular de la misma, ya que existen casos donde la guarda y custodia la tiene una persona que no disfruta la patria potestad¹⁵. Por consiguiente, ambas figuras jurídicas no son equivalentes.

3) Rasgos generales de la guarda y custodia compartida.

Este régimen jurídico se encuentra regulado en el art. 92 del CC, y lo recoge no como una alternativa a la tradicional custodia individual de los menores. En dicho precepto podemos observar las diversas formas para poder establecerse este régimen, así como los requisitos necesarios para ello.

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 29 de enero de 1994 ARP\1994\326.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de noviembre de 2011 RJ\2012\3390.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 de marzo de 2001 RJ\2001\9852: “Se otorga a los abuelos maternos la guarda y custodia de los menores, pero no van a ostentar la patria potestad de ellos, siendo esta confiada a la madre, manteniendo así, el derecho de representación de la menor, la administración de su bienes y la toma de decisiones que no sean de carácter cotidiano”.

En cuanto a la posibilidad de establecer un régimen de la guarda y custodia compartida, podemos ver los primeros destellos por parte de los Tribunales a mediados de la década de los 90¹⁶, en especial, entrado ya el S. XXI¹⁷. Pero no es hasta la Ley 15/2005 de 8 de julio, cuando esta forma de custodia de los menores se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico definitivamente¹⁸.

En el precepto anteriormente mencionado, se determina esta guarda y custodia como “conjunta”, en unos casos, y como “compartida” en otros, sin embargo existen autores que la consideran como alterna¹⁹, ya que una vez establecida se va alternando entre ambos progenitores la posición del título de la custodia y beneficiario de un régimen de visitas.

Ni el propio CC, ni en ninguna otra norma legal, se recoge como ha de ser la guarda y custodia compartida, lo que personalmente considero una gran ventaja para los progenitores y para los propios Jueces y Tribunales, ya que van a poder establecerla de la manera que mejor atienda al interés del menor, existiendo por lo tanto una gran variedad de formas de guarda y custodia compartida. Así, algunas sentencias determinan la aplicación de este régimen, dejando a los padres que sean ellos los que de mutuo acuerdo puedan establecerlo de la mejor manera, y subsidiariamente a ello, será el Juez quién establezca la forma de llevarse a cabo²⁰.

Para establecer un régimen de custodia compartida es necesario, en primer lugar, que los dos progenitores la acuerden, sin entrar en un proceso judicial, mediante lo que conocemos como convenio regulador, o en cambio, pueden hacerlo durante el transcurso del procedimiento, siempre antes de que se dicte sentencia (art. 92.5 del CC). Es preferible que se llegue a un acuerdo entre los padres del menor para evitar cualquier tipo de conflicto posterior entre ellos, siendo incluso preferible en casos donde se había

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 7 de julio de 1997 AC\1997\1591: La Audiencia considera más beneficioso el régimen de la guarda y custodia compartida basándose en el mantenimiento de la relación personas de los hijos menores con sus progenitores de la manera más similar a la anterior a la ruptura, intentando evitar un desequilibrio en la estabilidad de estos para su normal desarrollo.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª) de 25 de febrero AC\2001\1827.

¹⁸ MARIN LÓPEZ, M. J.: *Manual de Derecho Civil*, 3ª Edición, 2013. p. 109.

¹⁹ PINTO ANDRADE, C.: *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 40.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2013 RJ\2014\74: La propia Sala, en su Fundamento Cuatro establece que serán los progenitores, de mutuo acuerdo, los que vayan a determinar cómo se va a repartir el tiempo entre ellos, y de manera subsidiaria, el propio Tribunal Supremo recoge un reparto de tiempo de la custodia compartida a falta de acuerdo, donde se producirá el intercambio del menor, con quien pasa las vacaciones, o el pago de los gastos de este.

llegado a una guarda y custodia individual que, mediante mutuo acuerdo se llegue a una compartida, debido a que se ha mejorado la situación de cada progenitor para que pueda darse, siendo lo más beneficioso para el menor²¹, ya que continua en relación con ambos padres.

Como ya hemos podido comprobar, se impone la guarda y custodia compartida siempre pensando en el interés y beneficio del menor, verificado por el Juez. Pero no solo es vinculante el *favor filii* a la hora de establecer dicho régimen, ya que es necesario que exista un equilibrio o una buena relación por parte de ambos progenitores para poder cumplir así lo acordado por ellos y ofrecer estabilidad en el desarrollo del menor.

En el caso de que no exista una buena relación entre los dos progenitores, dicho régimen no se va a imponer²². A pesar de ello, esta mala relación entre los padres, se ha entendido que no es un motivo suficiente para denegar la custodia compartida, siendo necesaria que concurran más motivos de conflicto para ello, o que existan malos tratos²³.

En segundo lugar, en virtud del art. 92.8 del CC, el propio Juez va a poder imponer un régimen de guarda y custodia compartida, cuando lo solicite uno de los progenitores o de oficio, siempre y cuando sea en interés del menor²⁴.

En cuanto a lo referente al interés del menor, o el *favor filii*, nos encontramos con el derecho que tiene el menor a continuar con la relación que tenía con sus padres durante el matrimonio de los mismos. Así, una vez finalizada la convivencia como consecuencia de la nulidad judicial, separación o divorcio, es preferible que continúe el contacto entre ambos progenitores de manera regular, para evitar un desequilibrio paterno o materno.

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 24 de septiembre de 2012 JUR\2012\368716: En un primer lugar se acordó una guarda y custodia compartida exclusiva a favor de la madre, pero debido a que esta, presenta una sintomatología ansioso-depresiva y aislamiento social que puede producir un desequilibrio emocional en el menor, unido al mayor tiempo del que dispone ahora el padre para atender a las necesidades del menor, se acuerda la custodia compartida. No establece la guarda en exclusiva al padre porque el hijo tiene una gran vinculación materna que la Sala no quiere perjudicar.

²² Sentencia de la Audiencia provincial de Lleida (Sección 2ª) de 21 de noviembre de 2014 JUR\2015\41996.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 25 de junio de 2009 RJ\2010\2369.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 1 de octubre de 2010 RJ\2010\7302; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999 AC\1999\4941: La primera de las dos Sentencias, en su Fundamento de Derecho quinto, se recoge la interpretación del propio art. 92 del CC, y en concreto del apartado 8, donde se dice que se permite al Juez acordar la custodia compartida a pesar de no existir petición de parte, cuando de esta manera se proteja el interés del menor de forma más eficaz, debiendo recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe de ser favorable.

Para ello se exigen una serie de requisitos por parte de los cónyuges, recogidos en la Sentencia del TS 623/2009 de 8 de octubre²⁵, como son la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el número de hijos, el cumplimiento de los deberes en relación con los hijos por parte de los progenitores, el respeto mutuo, la ubicación de los domicilios, horarios y actividades de cada uno de ellos, los informes emitidos por los organismos correspondientes y cualquier forma que permita a los menores una mejor convivencia en su nueva forma de vida.

Además, es de especial importancia el informe psicosocial de técnicos especialistas para que el Juez pueda tomar una decisión acerca del menor, tal y como se desprende del art. 92.9 del CC. Informe que va a ser elaborado por técnicos o especialistas en materia infantil, que estudian los hechos de cada caso para determinar la situación más favorable para el menor, siendo tan vinculante que en algunos casos, por no decir en la gran mayoría, el Juez toma su decisión y la motiva así en la sentencia, en base a la conclusión del dictamen pericial²⁶.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, el interés del menor es un requisito fundamental para poder imponer la guarda y custodia compartida, por lo que, en los casos que el menor sea mayor de doce años, se va a poder conceder la audiencia del mismo²⁷. Esta edad no es siempre la mínima, ya que la Ley 26/2015²⁸ en su art. 21.3 permite oír a los adoptados menores de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Independientemente de esto, cuando al menor se le toma audiencia, este va a manifestar su propia preferencia, teniendo el Juez que tenerlo en cuenta a la hora de dictar sentencia y establecer un régimen de guarda y custodia. Respecto a esto, podemos encontrarnos con todo tipo de casos, desde que el menor quiere estar con su padre y

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2009 RJ\2009\4606.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) de 9 de mayo de 2012 JUR\2012\205092: En la misma, se recoge el informe de la psicóloga, el cuál dictamina la mayor vinculación de la menor a favor de la familia materna, así como que una guarda y custodia compartida no es recomendable para la estabilidad del menor, debido a la gran discrepancia entre los progenitores que afectaría directamente a la hija común de estos a la hora de tomar decisiones fundamentales sobre la misma. Motivo por el que, la Audiencia deniega la custodia compartida en base al interés de la menor, tal y como el informe psicosocial recoge.

²⁷ El art. 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1898 sobre los Derechos del Niño, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, establece el derecho de los menores a ser oídos en todos aquellos asuntos que les afecten, siendo este derecho garantizado por todos los Estados parte.

²⁸ Vid. Apartado I: *Introducción. a) La filiación.* p. 9.

madre²⁹, con uno de los progenitores³⁰, o incluso podemos ver supuestos en los que los menores quieren estar con terceras personas, ya sean abuelos, tíos, hermanos, etcétera³¹.

Como hemos podido ver, para que pueda establecerse un régimen de guarda y custodia compartida se tienen que dar una serie de requisitos muy específicos, intentando buscar siempre el equilibrio entre los progenitores y el interés de los menores. Incluso, una vez otorgada ésta, el propio juez podrá sustituir este régimen, o modificar algún aspecto de la misma, debido a que han aparecido nuevas circunstancias en alguno o ambos progenitores que aconsejan dicha modificación en el interés del menor.

Quiero hacer hincapié en la gran influencia que tienen los procesos penales dentro de los civiles. Una sentencia condenatoria en el ámbito penal supondría una característica negativa a tener en cuenta por el juzgador a la hora de determinar el régimen de custodia compartida. Del mismo modo, una sentencia positiva en el ámbito penal va a suponer un incentivo para que se proceda a imponer este régimen. Toda esta teoría queda reflejada en la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011³², en la cual la madre del menor venía sufriendo malos tratos dispensados por parte del padre de este, y por ello se encontraba dentro de un proceso penal donde se pudo observar comportamientos violentos del susodicho. Ante esto el caso se sobreseyó debido al perdón de la víctima, retirando la denuncia hacia el mismo, lo que hizo que no entrase en juego los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004³³ y, por consiguiente, no viéndose afectado el progenitor para la privación de la patria potestad, el régimen de visitas o la guarda y custodia sobre los menores. Pero a pesar de ello, el propio Tribunal denegó cualquier posibilidad de custodia del menor al padre, así como una modificación del régimen de visitas debido a la conducta del padre respecto de incumplimiento de sus obligaciones frente a su hijo, sin tener nada que ver lo episodios de violencia anteriormente mencionados.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) de 14 de octubre de 2003 JUR\2003\264777: El Tribunal considera más oportuno el régimen de la guarda y custodia compartida, en base al *favor filii*, ya que, la menor ha manifestado que considera como su propia casa tanto la del padre como la de la madre, así como una buena capacitación de ambos para el cuidado y atención de ésta. De esta manera, no se produciría un desequilibrio en el desarrollo de la menor, al atender a sus propios deseos.

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 5 de julio de 2012 RJ\2012\8806; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 22 de septiembre de 2005 JUR\2006\3177.

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 14 de octubre JUR\2015\60596.

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 de febrero RJ2011\2311.

³³ Ley Orgánica de 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

A pesar de esto, encontramos varios casos en los cuales, a pesar de existir violencia de género o hacia el menor, se ha otorgado la guarda y custodia compartida³⁴.

4) Régimen de visitas.

Al igual que vimos en la guarda y custodia, su aplicación aparece durante los procedimientos de nulidad, separación y divorcio matrimonial de los padres, y siempre y cuando tengan hijos menores de edad a su cargo.

El beneficiario de este régimen será el progenitor al que no se le haya otorgado la guarda y custodia del menor e, incluso, habiendo sido otorgada esta de manera conjunta, el régimen de visitas lo tendrá aquel que no tenga disfrute de la custodia del menor en ese momento.

En lo relativo a la duración del régimen de visitas, es decir, el tiempo y el lugar donde se va a llevar a cabo la misma, no viene determinado en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico. Únicamente el art. 94 del CC recoge que, ya sea mediante acuerdo de los progenitores o por imposición del juez, se deberá de fijar las condiciones del régimen. Su determinación se puede hacer mediante dos vías o formas:

Mediante un convenio regulador entre los progenitores, acuerdo que tiene que ser acorde a derecho, ya que, de no ser así, no será válido. Y por otro lado, mediante la imposición del juez³⁵. En ambos casos es obligatorio su cumplimiento por parte de los dos progenitores, salvo causa justificada, ya que, de no hacerse, tendría una serie de consecuencias negativas para la parte que lo incumpla³⁶.

Es importante decir que la tendencia de los tribunales a la hora de establecer el régimen de visitas es dar a las partes la oportunidad de llegar a un acuerdo y el juez o tribunal aplicará el mismo siempre que se cumpla la alternatividad proporcional entre ambos

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª) de 20 de diciembre de 2011 JUR\2013\73727; Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) de 23 de octubre de 2006 JUR\2007\228244: En esta sentencia, nos encontramos ante una discusión de pareja por la custodia de los menores, en la cual el hombre levanta la mano a la mujer en señal de propiciarle una bofetada, pudiendo ser considerado como una falta de amenazas contra la mujer. La propia Audiencia no consideró tales hechos como un tipo de violencia de género sobre la mujer, considerando estos un comportamiento amenazante mutuo, indicativo de una situación de igualdad, no siendo motivo suficiente para la improcedencia de la custodia compartida.

³⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Manual de de Derecho Civil*, 3ª Edición, Bercal, 2013, p. 113.

³⁶ La suspensión o limitación del régimen de visitas (art. 94.II del CC), la interposición de multas o trabajos para la comunidad (art. 618.2 del CP) e incluso la privación de la patria potestad si así lo considera oportuno el Juez (art. 92.3 del CC).

progenitores, y no perjudique el interés del menor. En cambio, en el caso de que no se llegue a dicho acuerdo, será el propio órgano judicial el que en su fallo recoja el régimen en concreto que se tiene que llevar a cabo por éstos, atendiendo al entendimiento entre las partes y al principio de flexibilización. Así, en la Sentencia del TS de 16 de febrero de 2015³⁷, a título meramente ejemplificativo, nos encontramos con el supuesto más típico en cuanto al reparto del régimen de visitas de los progenitores que va a estar íntimamente vinculado al régimen de la guarda y custodia compartida.

Más en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014³⁸, establece que, para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor de domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al acuerdo llegado por los padres de este, siempre que no viole el interés del menor y en su efecto, cada uno de ellos recogerá al menor del domicilio del progenitor custodia, con el fin de ejercer su derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio, siendo esta, la forma habitual. De manera subsidiaria, cuando por las circunstancias del caso no pueda darse la forma anterior por no respetar los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el Juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, debiendo ser motivada mediante resolución judicial. A pesar de ello, en los casos de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, se exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EXISTENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY 15/2005.

1) Ley del Matrimonio Civil de 1870.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 de febrero de 2015 RJ\2015\564: En la misma, el TS establece que, siempre y cuando entre los progenitores no exista una gran distancia física en cuanto a sus domicilios, cuando le toque a uno de ellos ostentar la custodia del menor, será el otro padre el que vaya a ser titular del régimen de visitas, siendo lo más común, según la doctrina del Tribunal Supremo la alternancia de ambos sistemas con carácter semanal, dejando al menor en el domicilio del otro progenitor.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de mayo de 2014 RJ\2014\3172.

La primera manifestación que encontramos en nuestro ordenamiento español sobre el régimen de la guarda y custodia, es anterior incluso al CC. Me estoy refiriendo a la Ley del Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870. Ley que fue una gran novedad en el S. XIX, y más en España que empieza asemejarse a otros países del entorno.

En lo referente a la guarda y custodia de los menores, esta Ley nos muestra una solución, típica en aquella época, y es que los hijos menores quedaban bajo la potestad del cónyuge inocente o bien, si ambos fueran culpables, bajo la autoridad del tutor o curador. Ahora bien, los menores de 3 años quedarían bajo la custodia de la madre, salvo que se diga otra cosa en la sentencia (art. 88). Esta es la única mención hacia la guarda y custodia de los menores, no existiendo la posibilidad de que esta se ejercitase de manera conjunta.

2) El Código Civil Español de 1889.

Nuestro Código Civil actual data de 24 de julio de 1889 mediante Real Decreto, y publicado el 25 de julio³⁹.

Respecto a la guarda y custodia de los hijos, al igual que vimos en el cuerpo normativo anterior, no hay ningún tinte de su carácter compartido. Este régimen queda vinculado a la buena o mala fe de cada uno de los cónyuges a la hora de contraer matrimonio. En el caso de que sean ambos cónyuges los que hayan contraído de buena fe, el Código Civil de 1889 recoge que los hijos mayores de 3 años se quedaran con el padre, mientras que las hijas se quedarán con la madre (art. 70. I). En el supuesto de que la buena fe solo se apreciase por parte de uno de los cónyuges, este será el que vaya a ostentar la custodia de todos los hijos (art. 70.II). Caso diferente sería el de que ambos cónyuges fuesen los que hayan actuado con mala fe. En ese caso, será el Tribunal en su sentencia de nulidad o divorcio el que otorgue dicha custodia, al cónyuge que fuese inocente, a no ser que ambos sean culpables de esta situación, en este caso el propio Tribunal otorgara unos tutores, excepto si los menores no han alcanzado la edad mínima de 3 años, en donde en tal caso quedarán al cuidado de la madre, siempre y cuando no se diga lo contrario (art. 73.2).

3) Ley del Divorcio de 1932.

³⁹ Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Sin duda alguna esta Ley es la que más semejanzas tiene con el régimen que tenemos en la actualidad respecto de las nulidades judiciales, separaciones o divorcios, así como en lo referente a la guarda y custodia de los menores, eso sí, salvando siempre las diferencias y necesidades sociales, económicas y políticas de cada momento. Todo esto vamos a poder comprobarlo a continuación.

En lo referente a los hijos menores surgidos del matrimonio, la custodia de estos viene regulada en dicha Ley en el Capítulo III, Sección Segunda. Comienza esta Sección con un precepto muy llamativo, ya que, en mi opinión, supuso un gran avance jurídico en cuanto al Derecho de Familia respecto de los hijos menores. El mismo recoge que, a pesar de que se disuelva el matrimonio, no va a suponer ello que se extingan las responsabilidades de los progenitores respecto de sus hijos, continuando estos teniendo obligaciones con los mismos (art. 14). Este artículo ha influido en nuestro ordenamiento jurídico en gran medida, siendo así que se encuentra actualmente recogido en el art. 92.1 del CC. Además, será el Juez el que vaya a fijar el modo de contribución del cónyuge no custodio.

La propia Ley, en el precepto 16, recoge la posibilidad de que sean los propios progenitores los que, de mutuo acuerdo, determinen quien se va a quedar o va a disfrutar de la guarda y custodia de los hijos.

En el mismo precepto, se amplía el otorgamiento directo de los hijos menores cuando tuviesen 5 años, a diferencia de lo que se recogía en el art. 88 de la Ley del Matrimonio Civil y el art. 73.2 del Código Civil de 1889, que era sobre aquellos menores de 3.

Si, una vez otorgada la custodia del menor a uno de los progenitores, éste falleciese, automáticamente sería el otro progenitor el que ostentaría la custodia. Salvo que fuese culpable del divorcio, o hubiese atentado contra la vida de los hijos. A pesar de ello, siempre y cuando medie una declaración judicial, podría recuperar los derechos de custodia de los menores (art. 19). En este apartado, se puede observar el nacimiento de lo que hoy en día conocemos como *favor filii*.

A pesar de ser un gran avance jurídico esta Ley, continúa existiendo una gran influencia de leyes anteriores, y de ese tradicionalismo que siempre se ha visto en nuestro país, apareciendo preceptos no adaptados a la naturaleza ideológica del nuevo régimen político que se había establecido.

4) Ley de 1958.

Conforme al art. 70 del CC, en la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958⁴⁰, se establece que, en los casos en los cuales los menores sean inferiores a 7 años será la madre quien ostente la guarda y custodia de estos.

Una vez que el menor alcanza esa edad, la cosa cambia con respecto a las leyes anteriores ya que dependiendo del sexo se atribuirá la custodia a uno u otro progenitor. Lo mismo ocurre si en el momento en el que se ha otorgado la nulidad matrimonial, el hijo o hija tiene más de 7 años. Así, si se trata de un hijo varón tendrá custodia su padre, y en el caso de ser una mujer será la madre quién tenga la custodia.

Ahora bien, esa distribución de la custodia de los menores, pero mayores de 7 años, únicamente se daría si se ha producido dicha nulidad matrimonial de buena fe, es decir, no haya un cónyuge culpable y otro inocente. Pero si, por el contrario, a la hora de producirse la ruptura matrimonial, uno de los dos progenitores hubiese tenido mala fe, o se le declarase culpable, perdería todos los derechos respecto de ostentar la custodia de los menores, siendo el otro progenitor el beneficiario del mismo, sin hacer distinciones entre sí es un hijo o una hija.

Al igual que en las leyes anteriormente comentadas, una vez otorgada la custodia a uno de los progenitores, en el caso de que éste falleciese, se le otorgará automáticamente la custodia al otro progenitor, independientemente del sexo del menor. Para ello se tiene que cumplir un requisito: que el motivo de la separación matrimonial no afectase a la formación moral del hijo o de la hija.

5) La Ley del Divorcio de 1981.

Hemos tenido que esperar hasta el año 1981 para poder ver de nuevo una ley del divorcio⁴¹. Este cuerpo normativo, trajo consigo una de las mayores reformas que ha experimentado nuestro Código Civil desde su publicación en 1889 en materia de Derecho de Familia.

Volviendo a la fecha de entrada en vigor de la Ley del divorcio mencionada anteriormente, es importante que digamos que produjo un gran cambio social dentro del

⁴⁰ Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican varios artículos del Código Civil.

⁴¹ Nos referimos a la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica en el Código Civil y se determina la regulación del matrimonio en el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

ámbito de las familias españolas, igualando dentro del matrimonio en derechos y obligaciones tanto al hombre como a la mujer (art. 66). Este momento coincidió con la salida de las mujeres a la vida laboral, lo que propició que muchas madres divorciadas o separadas no pudieran cuidar ellas solas a sus hijos, sino que era necesario que se compartiera esta responsabilidad entre ambos progenitores.

En esta Ley aparece por primera vez en la historia del derecho de familia en España la posibilidad de que sean los hijos los que muestren su opinión, así como la preferencia de estar con uno o con el otro de los progenitores. Para ello es necesario que se cumpla un requisito, y es que sean mayores de 12 años y con suficiente juicio para tomar dicha decisión (art. 92 II del CC). Hay que destacar aquí, la excepción que aparece en la nueva Ley 26/2015 sobre la Protección a la Infancia y a la Adolescencia, donde se exceptúa esta edad, siendo posible tomar audiencia a un menor de 12 años⁴². Con esto se busca el favor filii, concepto sobre el que gira, desde la publicación de este cuerpo normativo hasta nuestros días todo lo referente a la custodia de los hijos.

De la misma forma que hemos ido explicando en todas las leyes anteriores a esta, se recoge la obligación de los progenitores de cumplir con sus obligaciones respecto de sus hijos. La diferencia es que en el art. 92.I de la Ley, no se menciona que dichas obligaciones sean sobre los hijos nacidos del matrimonio, sino sobre los hijos que ellos tuviesen.

En lo referente a la guarda y custodia de los hijos menores de edad o incapacitados, siendo estos incluidos por primera vez en el Derecho de Familia como objeto de custodia, la Ley da preferencia a que sean los progenitores los que por medio del convenio regulador los que determinen dicho régimen, siempre y cuando el Juez lo apruebe, siendo este el que, previo estudio del convenio, verifique la inexistencia de ninguna actuación o situación dañosa para el menor, e incluso para el otro progenitor no custodio, tal y como se desprende del propio art. 90. II de la presente Ley⁴³. La preferencia de que se establezca un convenio regulador a la decisión que pueda tomar el juez, se debe a que de esta manera se evita que posteriormente surjan controversias entre los progenitores, o incluso discrepancias de carácter más grave, ya que, cuando se

⁴² Vid. Apartado I: *Introducción*, 3) *Rasgos Generales de la Guarda y Custodia Compartida*. p. 16.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) sentencia de 17 de mayo de 1986 RJ\1986\2731.

otorga una custodia a uno de los progenitores mediante Sentencia, el no custodio se siente como el perdedor, o incluso de manera más coloquial, “el malo”.

Ahora bien, en todos aquellos casos en los cuales no exista un acuerdo entre los progenitores será el Juez el que, mediante sentencia, determine la guarda y custodia de los menores o del incapaz, procurando no separar a los hermanos, para de esta manera evitar distanciamientos entre ellos, así como desequilibrios en el desarrollo. Pero no solo va a determinar el régimen a aplicar, sino que impondrá una contribución obligatoria por cada uno de los progenitores para satisfacer las necesidades del menor o incapaz (art. 93 CC).

A pesar de existir con esta resolución diversas formas de otorgar la custodia de los menores o incapacitados a los progenitores, la tendencia jurisprudencial de los años posteriores a la citada Ley fue completamente diferente a lo que se pretendía en un primer momento, ya que, la guarda y custodia de los hijos menores de la pareja, tras la separación, no quedaban bajo la custodia de ambos progenitores, sino que se daba en exclusiva a la madre en la mayor parte de los casos⁴⁴, pero en algunos casos puntuales, eran los padres quienes iban a ostentar dicha custodia⁴⁵, encontrándose obligado el progenitor que no disfrutaba de este régimen a una pensión alimenticia.

Por otro lado, la escasa experiencia de los jueces y magistrados durante las primeras dos décadas de vigencia de la Ley anteriormente mencionada tuvo como consecuencia diversas Sentencias, sobre todo en los Juzgados de Primera Instancia, que ha día de hoy, en mi opinión, son impensables e irracionales en cierta medida. Me estoy refiriendo por ejemplo, a una sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ortigueira, que se encuentra en la base de la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña en recurso de apelación⁴⁶.

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 15 de marzo de 1993 AC\1993\287; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 6 de octubre de 1992 AC\1992\1409: En la primera de las Sentencias aquí recogidas, la Audiencia deniega la modificación de la guarda y custodia de los menores a favor del padre basándose en el informe del perito Psicólogo, donde se establece que estos tienen una mayor integración con la madre y la familia materna, y que el régimen de visitas establecido a favor del padre es bueno.

⁴⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 17 de mayo de 1986 RJ\1986\2731. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 1985 RJ\1985\2010: En esta última Sentencia, la madre abandonó el hogar, considerando la Sala motivo más que suficiente para denegarle la guarda y custodia del menor, otorgándosela en exclusiva al padre, el cual, ha venido atendiendo correctamente todas las necesidades del hijo.

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de marzo de 1993, AC\1993\290.

En dicha Sentencia, se recurría un primer fallo del Juzgado de Primera Instancia de Ortigueira, donde se establecía un régimen de guarda y custodia de los menores muy peculiar, pues a cada uno de los progenitores se le otorgaba la custodia exclusiva de uno de los hijos, separando de esta manera a los hermanos. Ante este hecho, se eleva a la Audiencia Provincial de A Coruña, donde el Tribunal, en base al artículo 92 apartado 2º del Código Civil, y al deseo manifestado por los dos hijos de las partes, de vivir y estar con el padre, se resolvió a favor de éste la guarda y custodia de los mismos, así como el uso de la vivienda familiar. En cuanto a la madre de los menores, se le impuso la obligación de pagar una pensión de alimentos a favor de sus hijos.

Lo peculiar, a mi parecer, de la Sentencia comentada es la dictada en Primera Instancia, en lo relativo al otorgamiento de los menores a cada uno de los progenitores, separando a los hermanos, práctica que el legislador pretendió evitar ya que se estaría vulnerando el interés de los menores, además de no respetar su decisión de quedar todos ellos juntos bajo la custodia del padre, como así se determinó posteriormente por la Audiencia Nacional.

No solo nos encontramos con esta resolución judicial, sino que existen casos muy similares a este.⁴⁷ Ahora bien, hoy en día todas estas imperfecciones se han corregido a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio⁴⁸, donde se introdujo en el apartado quinto del art. 92 del CC, que el Juez deberá velar en los casos de custodia compartida por la no separación de los hermanos.

La Ley que estamos desarrollando ha sido durante muchos años la base de nuestro ordenamiento jurídico, si bien, hasta la entrada en vigor de la famosa Ley 15/2005, la regulación introducida por la Ley del Divorcio de 1981 ha sido objeto de numerosas reformas.

La primera de estas reformas fue la Ley 11/1990⁴⁹, que supuso un gran cambio en nuestro sistema judicial, ya que se reforma el Código Civil que teníamos hasta el momento para darle un aire más democrático. Lo que pretendía el legislador con esta

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 29 de diciembre de 1997 AC\1997\2556: El Tribunal concede la custodia de las dos hijas a la madre, mientras que la custodia del menor se la atribuye al padre, basándose en la mayor vinculación de estos con cada uno de los progenitores, estableciendo un régimen de visitas entre los hermanos para que no cese el contacto entre ellos.

⁴⁸ Vid. En el Apartado III: *La Ley 15/2005 de 8 de julio*. p. 27.

⁴⁹ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

nueva reforma era eliminar todas aquellas trabas existentes en las redacciones de cuerpos normativos, y en especial de nuestro CC, para llevar al Derecho de Familia el principio constitucional de igualdad recogido en el art. 14 de la CE.

Desde la Ley del Matrimonio de 1870 en nuestro país, a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia de los menores, se venía atendiendo a la edad de estos. Así, cuando un menor no alcanzaba los 7 años de edad se daba la custodia automáticamente a la madre por considerarse la más adecuada para su cuidado (art. 159 del CC). Con la entrada en vigor de esta Ley, la redacción de este precepto fue derogada, por no respetar el principio de igualdad (art. 14 de la CE), ya que se discrimina al padre en el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos menores de dicha edad. Además, el propio Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicho artículo⁵⁰.

Una vez entrada en vigor la Ley de 15 de octubre de 1990, los propios Tribunales comienzan a llevar a cabo leves modificaciones en sus sentencias, ya que hasta entonces la guarda y custodia de los menores se otorgaba a uno u otro progenitor, pero en ningún caso se concedía la guarda y custodia compartida entre ambos. A raíz de ahí, se comienza a otorgar ésta, dando lugar a las primeras resoluciones judiciales en este sentido en nuestro país⁵¹.

A pesar de ello, y ya que, únicamente estas modificaciones supusieron el inicio de lo que posteriormente daría lugar a la atribución de la custodia compartida como modo o forma habitual, esta durante los años venideros no se impuso sino más que en supuestos o casos esporádicos ya que, en la práctica, los Jueces y Tribunales seguían dictando sentencias a favor de la custodia en exclusiva otorgada a las madres, en aquellos supuestos en los cuales los menores aun no hubiesen alcanzado la edad de 7 años, con independencia de que dicha tendencia hubiese sido declarada inconstitucional.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 14 de julio de 2003 RTC\2003\144: En esta Sentencia, nos encontramos ante un caso en el que se otorga a la madre la custodia de la menor en base al art. 159 del CC anterior a la Ley 11/1990, donde se establecía la preferencia de otorgar la custodia a la madre de los menores de 7 años. Ante esta situación, se recurrió, siendo estimado dicho recurso en base a que dicha decisión vulnera el art. 14 de la propia Constitución Española, al discriminar al hombre frente a la mujer como mejor titular de la custodia de la menor por ser esta inferior a 7 años, y además, se estiman las pretensiones del padre debido a que, el precepto del CC mencionado anteriormente ha sido derogado. Por consiguiente, el Tribunal declaró nula la Sentencia recurrida.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 7 de julio de 1997 AC\1997\1591.

Hasta el año 2003 no vimos otra reforma referente a la guarda y custodia de los menores. Estoy hablando de la Ley 42/2003⁵², la cual supuso una adaptación más del CC respecto de nuestra CE, y en concreto del art. 39, donde se establece el deber de los poderes públicos para la protección de social, económica y jurídica de la familia. Así, se quiso proteger las relaciones de los nietos respecto de los abuelos, siendo éstos, tal y como en la Exposición de Motivos de la propia Ley se recoge, los que van a desempeñar un gran papel sobre el menor, ya que van a estar ajenos, en principio, a cualquier problema que tengan los progenitores, ayudando, en la medida de lo posible, a que los menores racionalicen estos problemas, así como contribuir al desarrollo y equilibrio de los nietos.

El gran cambio que produce esta Ley en nuestro Derecho de Familia, es la posibilidad de acordar un régimen de visitas y de comunicación de los abuelos con los nietos, en interés siempre del menor (art. 1.2 de la Ley 42/2003).

Por último, hay que hacer un pequeño inciso a la Ley 13/2005⁵³, donde una vez más se fue adaptando el derecho de familia a los principios fundamentales de la CE, y en concreto al art. 14, el principio de igualdad. A partir de entonces, se ha permitido a las personas del mismo sexo contraer matrimonio, así como adoptar a menores y ostentar, por lo tanto, la patria potestad de estos, así como la guarda y custodia, apareciendo los mismos problemas de a quién se le otorga en el caso de que finalice la convivencia matrimonial en una pareja heterosexual⁵⁴.

III. LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO.

Para concluir, hemos de hacer referencia a la Ley 15/2005⁵⁵. En la misma, respecto a la situación de la guarda y custodia de los menores, los órganos judiciales ya habían impuesto, con anterioridad a la Ley en cuestión, en algunos casos el régimen de la custodia compartida⁵⁶. A pesar de ello, se entendía por los Tribunales españoles como una medida de carácter excepcional, vinculado a estudios e informes psicológicos

⁵² Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

⁵³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 15 enero de 2014 RJ\2014\1265.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Vid. Apartado II: *Breve análisis de la situación existente con anterioridad a la Ley 15/2005.* 5) *La Ley del Divorcio de 1982.* p 26.

favorables. Esto se debe a que no se consideraba la forma más idónea para que el menor se desarrolle⁵⁷.

Pero no todos los Jueces y Tribunales consideraban esta figura como una alternativa a la custodia individual, sino que directamente la rechazaban por no considerar esta la mejor manera de que el menor se centre y se desarrolle psicológicamente ya que se encuentra cambiando continuamente su ambiente familiar⁵⁸. También se alejan del régimen en cuestión al considerarlo como una forma de fomentar la aparición de una situación de insostenibilidad cuando no haya sido acordado por los progenitores, que afecte a la buena relación existente entre ellos, llegando a generar importantes tensiones entre estos que pueden derivar en casos más graves⁵⁹.

Tras su publicación, la Ley 15/2005 supuso un gran cambio en el Derecho de Familia en muchos ámbitos, como es el caso del matrimonio la pensión compensatoria pero, en especial en el referente a la guarda y custodia compartida, que desde la Ley 1/2000⁶⁰ se incrementó el número de supuestos donde se imponía este régimen⁶¹, y así lo reflejaban los Jueces y Tribunales en sus sentencias, siempre y cuando fuese beneficioso para el menor⁶². Con lo visto hasta ahora, podemos decir, que el legislador quiso romper con el tradicional sistema del régimen de la guarda y custodia de carácter individual⁶³, para ir acercándose a un sistema mucho más ventajoso y beneficioso, a priori, para el menor. El

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de la Islas Baleares (Sección 4ª) de 8 de octubre de 2004 JUR\2005\119107: La Sala en su Fundamento de Derecho tercero, deniega la guarda y custodia compartida al padre debido a que, entiende que es necesario que para ello debe venir presidido por la existencia de estudios e informes técnicos de especialistas que aconsejen la adopción de dicho régimen, no llegándose a producir en este caso, por lo que considera que no es posible estimar las pretensiones que el padre solicita.

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 13 de julio de 2004 JUR\2004\243901: La propia Sala considera al padre de la menor como un buen referente para esta, con la capacidad suficiente como para poder ostentar la custodia compartida de su hija de la mejor manera posible, pero, tal y como en el Fundamento de Derecho segundo recoge el Tribunal, no son partidarios de este tipo de regímenes, debido a que no se ha señalado como se va a llevar a cabo la custodia compartida. Además, considera inimaginable la idea de que la menor pase una tiempo con un progenitor y otra con el otro, ya que, desde el punto de vista psicológico no sería bueno para la ella, no llegándose nunca a centrar en lo relativo a su vida.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 24 de octubre 2005 JUR\2005\241145; Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 30 de noviembre de 2006 JUR\2007\60688.

⁶⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶¹ TORCADA MIRANDA, F. J. *La nueva regulación del Derecho de Familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, 1ª Edición, Dykinson, 2011. p. 88.

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 25 de octubre de 2002 JUR\2003\29800; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) de 11 de noviembre de 2002 JUR\2003\91343.

⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 13 de enero de 1992 AC\1992\95; Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 4ª) de 29 de abril de 2002 AC\2002\1326.

mayor problema al que se enfrentó el legislador fue tuvo que partir de la nada debido a la inexistencia de una base normativa a la que tomar como referencia⁶⁴.

Entrando en el propio cuerpo normativo de la Ley 15/2005, los cónyuges deberán compartir responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes y descendientes, así como de otras personas dependientes a su cargo (art. 68 del CC). Por lo tanto, bajo esas obligaciones que tienen en concreto con sus hijos, se va a pretender que continúen una vez finalizada la convivencia o el vínculo matrimonial de los progenitores, siendo el fin continuar con las relaciones de estos con el menor o el incapaz⁶⁵.

Hay que tener en cuenta que la nueva redacción del art. 92 del CC, tal y como fue redactado por la Ley 15/2005, supuso una gran modificación de la guarda y custodia compartida, ya que este precepto no había sido reformado desde el año 1981, y donde podemos encontrar apartados algo restrictivos, como es el caso de la audiencia al menor, donde solo se podía en los casos en que este fuese mayor de 12 años y con una suficiente capacidad para ello, pero únicamente se podría realizar en los casos de nulidad, separación o divorcio, nunca en los casos donde haya un convenio regulador. Esta excepción fue contrariada por el propio TS⁶⁶, pues daba la posibilidad de realizar audiencia a un menor a pesar de existir un acuerdo entre los progenitores.

Con la nueva redacción, mencionada anteriormente, se eliminó la edad de los 12 años para realizar la audiencia al menor, así como el aumento de las partes legitimadas para la solicitud de la audiencia del menor, pasando de ser únicamente el Juez, a poderlo hacer el Fiscal, los partes o los miembros del Equipo Técnico Judicial, e incluso el propio menor (art. 92.6 del CC). Además de modificar dicha audiencia, se pretende o se intenta dar una mayor protección al menor, salvaguardando sus propios intereses, tal y

⁶⁴VIÑAS MAESTRE, D. “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret*, nº. 3, julio de 2012.

⁶⁵ Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 14 de mayo de 1987 RJ\1987\3550: Se establece el carácter imperativo y de obligado cumplimiento para los Jueces y Tribunales en relación a la aplicación del art. 92.2 del CC. La misma ve su luz a raíz de un recurso en interés de ley planteado por el Ministerio Fiscal considerando este que la no audiencia de los menores supondría una vulneración en el juicio del principio de audiencia así como de asistencia y defensa. Si bien, dicha vulneración no dará lugar a la nulidad de pleno derecho del acto judicial sino cuando este produzca indefensión. En esta Sala entiende que el mero informe preceptivo del Ministerio Fiscal requerido en todos los casos no puede llevar a considerar que por ello, ya no se produzca o haya indefensión alegando que el interés del menor este protegido, siendo precisamente este interés el que llevaría, en caso de que no se defiende a considerar la existencia de esa indefensión, entendiéndose por lo tanto esta Sala necesaria y obligatoria esa audiencia, para evitar de este modo que se vulnere lo estipulado en el art. 92.2 del CC.

como se desprende del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Posteriormente, con la Ley 13/2009⁶⁷, se introdujo una 4ª regla al art. 770 de la LEC en el cuál se fija que será preciso oír a los menores o incapacitados siempre y cuando estos presentasen suficientes juicio, oyendo en todo caso aquellos que presente una edad superior a 12 años.

Con esta modificación salió reforzado lo que el menor manifestase durante la audiencia, siendo esta de gran influencia a la hora de dictar una sentencia. Hasta tal punto que en muchas de las ocasiones de ella depende la decisión del Juez⁶⁸. Ahora bien, no siempre va suceder esto ya que, en virtud del apartado 8 del art. 92 del CC, el órgano judicial va a poder imponer la guarda y custodia compartida siempre que uno de los progenitores lo solicite, y sea el Ministerio Fiscal el que emita un informe favorable sobre ello⁶⁹. Esta consulta por parte del Juez al MF supuso una gran novedad en el Derecho de Familia, ya que se precisaba más qué era lo mejor para el menor. Hay que tener en cuenta que este informe favorable del Ministerio Fiscal ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del TC 185/2012⁷⁰.

Se da la posibilidad a los progenitores de que sean ellos los que vayan a determinar la guarda y custodia compartida del menor o del incapacitado, bien sea individual o compartida⁷¹. Quiero hacer aquí un pequeño inciso al respecto, y es que cuando hablamos de menores o incapacitados no nos estamos refiriendo únicamente a aquellos que lo sean de naturaleza biológica, sino que también a los adoptivos, ya que esto va a

⁶⁷ Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) de 7 de marzo JUR\2007\273635: En dicha sentencia se resuelve el supuesto en el cual, el padre quien ostentaba la guarda y custodia de los hijos, es imputado en un delito contra la salud pública, si bien el mismo fue declarado inocente. La madre discute si este debe seguir haciéndose cargo, de uno de los hijos, el menor. En este sentido, especial relevancia adquirió para resolver el caso la audiencia llevada a cabo de los menores, considerando estos que querían seguir conviviendo en el padre. El Tribunal tuvo muy en cuenta esta opinión hasta tal punto de que fue determinante para reafirmar la guarda y custodia para este, sobre todo teniendo en cuenta que uno de los hijos tenía ya la edad de 17 años, entendiéndose que contaba con suficiente madurez, lo cual llevaba a que fuese muy tenida en cuenta su opinión en este caso. Favoreció también dicha decisión de su madre, puesto que la misma declaró que los hijos fuesen los que decidiesen con quien querían convivir. En relación al hijo menor, cuya guarda y custodia reclamaba la madre, le fue denegada en atención al art. 92.4.a del CC, que impone al juez que vele por la unidad de custodia cuando las circunstancias así lo aconsejen, como concurría en este caso, ya que así lo reflejan los informes efectuados a tal efecto.

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2013 JUR\2014\105238.

⁷⁰ Vid. Apartado IV: *El art. 92 del CC, 1) La atribución de la custodia compartida, 1.2) La imposición del Juez, El informe del Ministerio Fiscal (art. 92.8 CC)*. p. 38-41.

⁷¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Gijón de 3 de octubre DE 2008 AC\2008\1963.

ser irrelevante a la hora de imponer el régimen de la custodia compartida, en función del art. 14 de la CE, el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación.

A pesar de ello, no siempre que los progenitores quieran o decidan establecer una forma de guarda o custodia esto va a ser posible, ya que hay diversos casos en los cuales, basándose en el art. 92.8 del CC se establece de manera excepcional la guarda y custodia compartida⁷².

Por otro lado, son numerosas las Sentencias de las Audiencias Provinciales donde se adopta la guarda y custodia compartida basándose en que es la mejor manera de favorecer el desarrollo armónico y equilibrado del menor, y así evitar las trágicas consecuencias de la ruptura matrimonial de los progenitores sobre estos⁷³.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, la doctrina jurisprudencial cambió. Se consideró, y personalmente coincido con ello, que la custodia compartida mucho más beneficiosa para el menor que la individual debido a que es la que más se asemeja a la situación que tenían los menores antes respecto con sus progenitores, evitando de esta manera cualquier tipo de manipulación por el padre que disfruta en exclusiva de la custodia frente al otro. Pero no solo van a existir ventajas para los menores, sino que los progenitores van a poder seguir manteniendo sus derechos y obligaciones frente a éstos, disponer de más tiempo para desarrollar su vida personal y laboral, y lo que es más beneficioso para todos, que es la necesidad de llegar acuerdos entre ambos, así como tener una buena relación por el bien del menor⁷⁴.

Antes de la publicación de la Ley del año 2005, alguna AP⁷⁵, consideró este régimen como una forma de interactuar los dos padres con sus hijos menores, de forma continuada en la vida diaria.

⁷² Especial atención merece este artículo, pues se ha declarado inconstitucional. Vid. Apartado IV: *El art. 92 del CC, a) La atribución de la custodia compartida, 2) La imposición del Juez, El informe del Ministerio Fiscal (art. 92.8 del CC)*. p. 38-41.

⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 11 de mayo de 2006 JUR\2006\243078; Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) de 27 de octubre de 2014 JUR\2015\13243.

⁷⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. "La determinación en la guarda y custodia compartida de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convencional de sus progenitores", *Actualidad Civil* nº 15, 2007, p. 1738 – 1755.

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 15 de diciembre de 2003 JUR\2004\51543.

El propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁷⁶, reconoce que es la mejor manera de evitar conflictos de lealtades del propio menor con sus padres, favorecer la comunicación de los mismos y una forma de equilibrar las cargas familiares tras el cese matrimonial.

Dato a destacar son los casos en los que existe un menor de muy corta edad, donde los Jueces y Tribunales en sus sentencias consideraban preferible la custodia para la madre a imponer una compartida, debido a su mayor afectividad⁷⁷, el apego desde el nacimiento o incluso por la corta edad de los hijos⁷⁸. Ahora bien, personalmente, no comparto esta doctrina de los tribunales españoles, ya que no creo que el mero hecho de que el menor tenga una corta edad se deba atribuir la guarda y custodia a la madre, pues estaríamos continuando con una práctica que fue derogada con la Ley 11/1990⁷⁹. Por lo que creo firmemente que la edad de un menor es irrelevante para imponer la guarda y custodia en exclusiva a la madre. De este modo, existen resoluciones judiciales donde se otorga la custodia al padre⁸⁰, o incluso imponen un régimen compartido⁸¹, solución que es preferible, ya que no se produciría un distanciamiento del menor respecto del progenitor no custodio.

Otro de los grandes problemas a los que los órganos judiciales se han enfrentado tras la reforma del año 2005 ha sido la distancia. Es decir, la influencia que tiene la distancia entre los progenitores a la hora de imponer un régimen de guarda y custodia compartida, siendo preferible para que esto sea viable la cercanía de estos, evitando así, la alteración del normal desarrollo del menor y pudiendo crearle problemas de adaptación social⁸²,

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 31 de julio de 2008 RJ\2009\643.

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) de 28 de mayo de 2007 JUR\2007\303441.

⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 24 de julio de 2008 JUR\2008\314120.

⁷⁹ Vid. Apartado II. *Breve análisis de la situación existente con anterioridad a la Ley 15/2005. 5) La Ley del Divorcio de 1982.* p. 26.

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 11 de marzo de 1994 AC\1994\520.

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª) de 16 de septiembre de 2014 JUR\2014\276233.

⁸² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 5 de diciembre de 2014 JUR\2015\19607: Así en esta sentencia se considera que ambos padres presentan las cualidades requeridas para hacerse responsables de las obligaciones que le requiere para el cuidado de la menor. Además, la buena relación entre los mismos demostrada en las visitas frecuentes del padre a la menor en el domicilio de la madre permite la atribución de la guarda y custodia compartida. Si bien el tema más importante que ha de ser destacable en esta sentencia es aquel referido a la cercanía en los domicilios de los progenitores, puesto que según el Tribunal este punto es determinante ya que facilita el desplazamiento común sin que esos traslados lleven a alterar la rutina en el desenvolvimiento de la vida cotidiana de la menor.

siendo un punto a favor para poder otorgarse. En aquellos casos donde no se de esta cercanía, la guarda y custodia no puede ser otra que la exclusiva para uno de los dos padres. Así ha quedado reflejado en sentencias de los Tribunales españoles durante muchos años⁸³.

Ha quedado claro que la distancia de los progenitores es un factor negativo para la custodia compartida, pero no siempre vamos a ver casos donde la distancia es un impedimento, esto se debe a que cada Juez y Tribunal tiene unos parámetros diferentes, y que las circunstancias de cada caso son diferentes. Así podemos apreciar en una Sentencia del TSJ de Aragón de 9 de octubre de 2013⁸⁴, donde a pesar de existir una distancia del domicilio del padre respecto del de la madre, así como del colegio del menor, no lo consideró un motivo suficiente para acodar la improcedencia de la custodia compartida, al no ser una distancia amplia, que pudiera llegar a perjudicar al menor.

Por último, quiero afrontar los casos en los cuales existen varios menores, es decir, hay hermanos de por medio. Según la doctrina, tanto del TS⁸⁵, como de las AP⁸⁶, es

⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) de 14 de marzo de 2014 JUR\2014\114874; Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 27 de septiembre 2010 RJ\2011\119: La sentencia refleja como esa distancia entre los domicilios de los progenitores pueden llevar a que el juez o los Tribunales como denieguen el establecimiento o la atribución de la guarda y custodia compartida al considerar que ese traslado continuo pueda suponer un trastorno para el menor el cual, en este caso, tiene además, como principal referente a su madre, ya que ha sido la que ha puesto más empeño o dedicación en el cuidado de este durante sus primeros años de vida. En cuanto al auto, destaca lo siguiente: se deniega la custodia compartía en base a la mala relación de los progenitores llegando incluso a mediar denuncias entre ellos, pero también aludiendo a la lejanía de los domicilios al establecer que este hecho perjudicaría el interés del menor, evitando que el mismo pueda establecer una rutina o conseguir cierta estabilidad, que se vería afectada por el cambio continuo de residencia.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 de octubre de 2013 RJ\2013\8497: Con esta sentencia se rompe la línea que hemos venido viendo en las dos sentencias anteriores, puesto que en la misma se acepta la distancia entre los domicilios de los progenitores sin llevar a que este sea el motivo de la negativa a establecer la guarda y custodia compartida. En ella, se refleja que pese a los 28 km que separan el colegio de la menor y la residencia del padre, tanto el Ministerio Fiscal como el Tribunal entiende que el divorcio de los padres suelen acarrear cambios en el domicilio para los hijos, puesto que ello resultaba inevitable, y no por eso, uno de los progenitores deba perder el régimen de custodia o de visitas. Se rechaza por lo tanto, que la descolocación de los hijos prive de aplicar la guarda y custodia compartida al ser estos cambios inherentes a este tipo de guarda. A su vez, y aludiendo a algunas sentencias del Tribunal Supremo, se entiende que esa descolocación no afecta al interés del menor si ese criterio pasado por alto permite el establecimiento de la guarda y custodia, ya que se gana más que lo que se pierde.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 2 de julio de 2014 RJ\2014\4250: Así, esta sentencia refleja que en el caso de que haya varios hermanos los mismos no deben ser separados; estableciendo tal exigencia no como un mero dato a tener en cuenta sino como una exigencia más que requerirá ser atendida, cumplida y respetada por los progenitores. Esa no separación se basa en la idea de unidad de custodia, así como en los beneficios que ambos hermanos podían concederse, así como el deseo manifiesto de ambos de permanecer unidos.

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 4ª) de 11 de diciembre de 2007 JUR\2008\133017: En esta sentencia, al igual que en la anterior, se aplica el art. 92.5 del CC y se alude

preferible no separar a los hermanos, ya se haya otorgado la custodia individual o compartida, intentando evitar casos de custodia de menores a cada progenitor, separando a éstos.

Ahora bien, esto no quiere decir que existan casos, tanto antes como después de la Ley 15/2005, en los cuales por motivos personales de cada uno, no pueda mantenerse juntos a los hermanos, basándose en el interés del menor⁸⁷.

Como se ha podido observar, nos vamos encaminando hacia un régimen de guarda y custodia compartida, donde ambos progenitores podrán continuar su relación con los menores, siendo esto lo más beneficioso para el menor, ya que no se desvincula con sus padres. Además, como ya hemos apuntado, supone una liberalización, ya que tanto uno como el otro padre va a poder realizar y continuar con su vida privada. Por lo tanto, en España hay una gran tendencia, cada vez más marcada, a la imposición de este nuevo régimen más equitativo y beneficioso para todas las partes afectadas.

IV. EL ARTÍCULO 92 DEL CC.

por lo tanto, a la idea de que el juez adoptará las cautelas procedentes para que se respete y se cumpla el régimen acordado, intentando no separar a los hermanos. A su vez en la propia ratio de la sentencia se entiende que el establecimiento de la custodia compartida facilitada por la cercanía en el domicilio de los progenitores ayuda a conseguir un contacto permanente entre los hermanos, favoreciendo a su vez que no existe distanciamiento entre ellos, ni entre estos con sus padres.

⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 10 de abril de 2000 AC\2000\2865; Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) de 17 de marzo de 1999 AC\1999\549; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 10 de diciembre de 2007 JUR\2008\83130: Así en la primera de las sentencia, se establece que pese a que lo habitual es procurar la convivencia diaria entre los hermanos, atribuyéndose así la custodia de todos ellos al mismo progenitor, es posible como en este caso, que existan circunstancias excepcionales que lleven a acordar lo contrario. El fundamento base que llevo a la toma de esta decisión radica fundamentalmente en la defensa del intereses de las menores que hacen que lo más favorable para las mismas sea seguir manteniéndose separadas dada el grado nivel de conflictividad existente en el núcleo familiar. Respecto de la segunda de las aquí recogidas, se vuelve a acudir al art. 92.5 del CC, estableciendo el Tribunal que lo ahí estipulado no presenta un carácter imperativo para los jueces, sino que ello debe aplicarse de manera racional, puesto que si bien, lo mejor es no separar a los hermanos, en ocasiones como en el caso que nos atañe, es mejor no forzar la convivencia, puesto que puede que esto influya negativamente en la situación personal del menor, o en el nivel de desarrollo afectivo y emocional, llegando incluso a derivar en una privación del menor de sus relaciones más íntimas con sus progenitores. En base a todo ello, y dadas las circunstancias que rodean el caso, el Tribunal consideró necesario acatar tal decisión. Y por último, de la tercera de las sentencias se refleja la idea ya explicada en la que se rompe con el criterio inicial de mantenimiento o unidad de custodia, cuyo establecimiento vendrá motivado como en este caso, por la concurrencia de conflictos que no presenten una pronta solución, en la que dichos enfrentamientos lleguen a afectar no solo a los progenitores sino también a los hijos. En esta sentencia además de tales conflictos, se opta por tomar tal decisión en base a que una de las hijas presenta ya casi la mayoría de edad y su opinión consiste en seguir alejada de su hermana, además de entender que tales tensiones familiares vienen sucediéndose desde el momento en el que se produce la ruptura matrimonial, con lo cual durante muchos años. Todos estos factores llevan de nuevo al juez, a optar por separar a los hermanos conviviendo cada uno con un progenitor.

Como ya se ha señalado, este precepto fue uno de los más afectados por la reforma de la Ley 15/2005, introduciéndose en él el régimen de la guarda y custodia compartida⁸⁸ como alternativa al tradicional sistema de custodia individual.

1) La atribución de la custodia compartida.

Antes de entrar en el fondo del asunto, hay que tener en cuenta que en todos aquellos casos en los cuales se va a querer imponer un régimen de guarda y custodia compartida, hay que atender a una serie de parámetros reflejados claramente por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo⁸⁹.

En la misma se recoge que para poder aplicar dicho régimen es necesario que esté fundamentado en el interés del menor, una buena relación anterior por parte de ambos progenitores con el menor, el deseo del menor, si son varios los hijos menores afectados, si los padres han cumplido con todas sus obligaciones como tales, exista un respeto mutuo, y cualquier otra actuación que sea beneficiosa para el propio menor.

En esta misma Sentencia queda también reflejado que no se trata de una medida excepcional, sino la mejor forma de hacerse efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, siempre y cuando no se vulneren los requisitos expuestos en el párrafo anterior.

1.1) El art. 92.5 del CC. El acuerdo de los padres.

Este apartado del art. 92 del CC permite imponer el régimen de la guarda y custodia compartida de los menores cuando así lo soliciten los padres en su convenio regulador o tomen esta decisión durante el transcurso del proceso. Esta decisión tiene mucha importancia a la hora de aplicar dicho régimen ya que, si son los propios padres los que deciden establecerlo, únicamente podrá ser denegado en interés del menor⁹⁰.

⁸⁸ Vid. Apartado III. *La Ley 15/2005*, p. 28 y 29.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2013 RJ\2013\3269.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 de enero de 2014 RJ\2014\1184: Aquí, los padres habían acordado la custodia compartida, si bien con posterioridad ambos reclamaban modificar las medidas acordadas, concediéndosele en primer término, la custodia a la madre, si bien problemas con la entrega de los menores etc, llevan a que en la apelación a tal sentencia se considere no haber un cambio sustancial que propicie que se haya de otorgar el régimen de guarda y custodia compartida. En esta sentencia que tratamos, se vuelve a plantear la cuestión, denegándosele de nuevo el cambio, alegando esa falta de entidad de las nuevas situaciones. Uno de los motivos alegados para conseguir tal modificación era el deseo del menor de convivir con el padre, si bien en esta sentencia la Sala establece que el derecho del menor a ser escuchado no puede llevar a que tan solo esa opinión sea determinante en la resolución, puesto que este hecho convertiría a los menores en

Esta forma de establecer la custodia compartida es el reflejo de la preferencia que tiene el principio de la autonomía de la voluntad de las partes⁹¹, como así ocurre en muchos otros preceptos del propio CC, como pueden ser los arts. 1091, 1315, 1346, 1346.8, entre otros.

Ahora bien, no es tan sencillo su establecimiento como un mero acuerdo entre los progenitores, ya que, en el momento que se introdujo este precepto, se establecieron diversas formas de información y control sobre la imposición de este régimen, creándose así una serie de limitaciones. En mi opinión, esta idea que se tiene es errónea ya que, como ya hemos apuntado, para poder establecer una custodia compartida es necesaria la cooperación de ambos progenitores, cooperación que se vería afectada en el caso de que existiera conflictividad entre estos, siendo necesario, por lo tanto, la aplicación de diversos instrumentos para verificar que la custodia compartida es la más beneficiosa para el menor.

De este modo, una vez llegado a un acuerdo de establecer la custodia compartida, será el Juez quien vaya a motivar en su sentencia⁹² si dicho régimen va a suponer un beneficio o no para el menor, tal y como el párrafo segundo del art. 218 de la LEC se establece. Por lo tanto, a pesar de que normalmente el Juez va a aceptar el acuerdo de los progenitores para evitar posteriormente cualquier conflicto⁹³, no está obligado a aceptarlo⁹⁴.

Es importante decir que el apartado 5 del art. 92 del CC encuentra también alguno de sus límites en otros apartados del mismo precepto, como así sucede con el 9, donde se recoge la posibilidad de que sea el Juez el que pidiera audiencia de los padres debido a que duda de que estos, o alguno de ellos dispongan de las características necesarias para

objetos y sujetos de sus progenitores. Todo ello lleva a entender que pase a que haya acuerdo entre los progenitores de modificar el régimen de guarda y custodia, la decisión final pasará por manos del Juez el cual acordará la decisión más beneficiosa en base a la defensa y protección del interés de los menores.

⁹¹ HERRERA DE LAS HERAS, R.: “Sobre la necesidad de una nueva regulación sobre la guarda y custodia compartida”, *Actualidad Civil*, nº10, 2011, p. 5.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo del 2000 RTC\2000\77.

⁹³ Vid. Apartado I. *Introducción*. 3) *Rasgos generales de la guarda y custodia compartida*. p 14.

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 25 de mayo de 2007 JUR\2007\312903: En esta sentencia se alude a lo estipulado en el art. 92.5 del CC, en virtud del cual se fija que la guarda y custodia de los hijos se otorgará en aquellos casos en los que así lo acuerden en el convenio regulador o posteriormente a este. Si bien, y de ahí, la importancia o la elección de esta sentencia, se considera que ese consenso no vale por sí solo para poner fin o vincular con el mismo a los jueces, sino que en referencia a lo fijado por la Sala cualquier decisión que afecte al menor debe ser inspirada por encima de cualquier condicionante al principio *favor filii*. Es en base a ello que el Tribunal decide atribuir la guarda y custodia alegando que tal hecho es la mejor solución para alcanzar el mismo.

poder ser objeto de la custodia de sus hijos. Este contacto directo del Juez con los progenitores es la forma más adecuada de que se verifique que existe idoneidad por parte de estos frente al menor.

Pero no solo vamos a poder encontrar los límites en el CC, sino que la propia LEC, y en concreto en su art. 777.8 que permite que el Ministerio Fiscal realice un informe de la situación, siempre en búsqueda del mayor beneficio del menor, mostrando su opinión respecto de la guarda y custodia que se quiere establecer, posicionándose a favor o en contra de la compartida. A pesar de ser muy importante para la decisión del Juez⁹⁵, no siempre va a ser la decisión que vaya a tomar este, teniendo la legitimidad dicha institución, en este último caso, de poder interponer un recurso de apelación contra la resolución judicial.

Por último, tienen una gran influencia sobre el art. 92.5 del CC, los apartados 2 y 6 del mismo, donde da la posibilidad que de oficio el Juez o a petición del MF, de las partes, el Equipo técnico judicial o incluso los menores, pueda tomar audiencia de estos últimos, para de esta manera conocer el verdadero interés del menor. A pesar de ser la

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de marzo de 2012 RJ\2012\5241; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª) de 14 de febrero de 2007 JUR\2007\228632: En la primera de las sentencias, nos encontramos el supuesto en virtud del cual una pareja pretende modificar el convenio regulador estableciendo un régimen de custodia compartida. Si bien, la misma le es denegada puesto que las relaciones entre los padres no son cordiales y por ello, no da lugar la aplicación del art. 92.5 del Código Civil. En virtud de lo que establece el apartado 8, se desestima esta, puesto que se atiende a la idea allí recogida consistente en que el juez puede no adaptar esa decisión si considera que con ella preserva el interés del menor. Como en este caso, había muy mala relación entre los padres, los cuales ni siquiera mantienen una comunicación normal sino que únicamente hablan por SMS, la custodia compartida es rechazada. A su vez, el Ministerio Fiscal habría presentado un informe desfavorable en lo que respecta a la atribución de una guarda y custodia compartida en base a la misma idea y motivo que en el expuesto por el juez. En relación a este informe, esta sentencia trata también el tema referido al carácter vinculante del mismo. El Tribunal Supremo considera en este caso que la decisión tomada por este instituto tiene una gran vinculación a la hora de tomar una decisión, pero del mismo modo, la Sala afirma que se han tenido en cuenta más factores, entre el que destaca la conflictividad latente entre los progenitores, dando por lo tanto, a entender que ese informe no tiene carácter vinculante, si bien no le resta la importancia que tiene. Respecto la segunda resolución judicial nos dice: Se valora las situaciones que han llevado a que tenga lugar un cambio sustancial que afecta a las medidas acordadas en relación al régimen de guarda y custodia del menor, modificando las mismas. Esta situación se presenta debido a que el padre ha creado una nueva familia, ha comenzado a trabajar de nuevo, el hijo ha cumplido la edad de 13 años manifestando tras ello la intención y el deseo de establecer un régimen de custodia compartida... Por todo ello el Tribunal entiende que se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia en tal sentido, como son por ejemplo, que sean cambios permanentes, duraderos, que no tengan como objeto o finalidad el fraude, que sean verdaderamente trascendentales, que sean posteriores y no previstos por el cónyuge o por el juez...Pese a todo ello, el Tribunal denegó la atribución de la guarda y custodia, aunque sí modificó las medidas acordadas, puesto que se incumplía lo establecido en el art. 92.8 del Código Civil, es decir, no se presentó un informe favorable por el Ministerio Fiscal. Si bien, y ante la falta de resolución en aquella época de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en este sentido, el Tribunal alegó otros motivos, considerando que no fue determinante tal informe.

mejor manera de conocer lo que realmente este quiere, no siempre va a suponer una garantía de ello, ya que, en muchas ocasiones la única intención de este es la comodidad o lo que él quiera, no atendiendo a ninguna otra posibilidad y, por consiguiente, el órgano judicial no dictaría sentencia conforme a lo que este ha declarado⁹⁶.

1.2) La imposición del Juez.

El informe del Ministerio Fiscal (art. 92.8 del CC).

El presente precepto considera la guarda y custodia compartida como una medida excepcional, pudiendo el Juez, a instancia de alguna de las partes con informe favorable del Ministerio Fiscal, imponer este régimen en base al interés del menor, aun cuando no sea acordado por los progenitores.

Ahora bien, la doctrina del TS⁹⁷ ha venido estableciendo, y personalmente estoy de acuerdo con ello, que no ha de entenderse de una manera excepcional dicho precepto, sino como una posibilidad más que puede darse, siendo deseable si así se dan las circunstancias para ello, ya que se mantiene el derecho de los menores a continuar en contacto con su dos padres, y de esta manera que se aproxime al modelo de convivencia que existía con anterioridad a la finalización del vínculo matrimonial.

Para ello es necesario que el órgano judicial verifique la idoneidad de este régimen con los progenitores, porque de no ser así este precepto no se aplicará en ningún caso, por no ser favorable para el menor⁹⁸.

Desde su introducción por la Ley 15/2005, hubo diversos problemas y cuestiones sobre la excepcionalidad de este precepto y, en concreto, si el Juez podría imponer la guarda y custodia compartida en el caso que solo uno de los progenitores sea el que solicita la solicitara, pero el otro la rechaza y se opone a la misma. También existía una

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Isla Baleares (Sección 5ª) de 29 de junio de 2005 JUR\2005\190190: En el caso de esta Sentencia, se da audiencia al menor con el fin de saber la opinión sobre el régimen de guarda y custodia a aplicar. El propio Tribunal establece al final de su Fundamento de Derecho tercero, que se debe de indagar en el verdadero interés del menor, sobre aquello que le resultaría más beneficioso no sólo a corto plazo, sino en su futuro, por lo que a pesar de tener en consideración lo que el niño quiere, no es necesario que sea esto lo mejor para él, pudiendo el Juez establecer otra cosa completamente distinta, ya que el Código Civil solo recoge el derecho a ser oído el menor, no que lo que el mismo manifiesta se deba de imponer.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2013 RJ\2013\3269.

⁹⁸ PÉREZ CONEZA, C.: “Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº. 7, 2013, p. 40-46.

incertidumbre respecto de en el caso de que el MF realizase un informe desfavorable sobre este sistema compartida, si éste vinculaba al Juez.

Respecto a estas cuestiones, se presentó por la AP de la Palmas de Gran Canaria⁹⁹ un auto de inconstitucionalidad ante el TC, el cual resolvió todas estas cuestiones referentes al art. 92.8 del CC, en la Sentencia de 17 de octubre de 2012¹⁰⁰. Éste, recoge que excepcionalmente, cuando no exista acuerdo entre los progenitores para imponer la custodia compartida, el Juez va a poder imponerla a instancia de una de las partes, con informe favorable del MF, fundamentando que es la forma de proteger el interés del menor.

Se planteó el recurso de inconstitucionalidad contra este artículo, en base a la parte de que era necesario el informe favorable del MF para poder el Juez imponer el sistema de guarda y custodia compartida¹⁰¹, entendiendo así tanto la AP de Las Palmas de Gran Canaria, como el propio TC, que vulneraba diferentes preceptos constitucionales, declarando la inconstitucionalidad del art. 92.8 del CC. Los motivos en los cuales fundamenta su fallo el TC, son los siguientes.

El primero de ellos, se trata de la separación de poderes, y concretamente a la independencia que tiene el poder judicial del ejecutivo. Se trata del art. 117.3 de nuestra CE, el cual recoge que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Por lo que supeditar una decisión judicial a un informe favorable por parte del MF es vulnerar esa exclusividad que nuestra Carta Magna ha dado a los Jueces y Tribunales y, por otro lado, se infringe también el apartado primero del mismo artículo, ya que, según este, los órganos judiciales solamente están sometidos al imperio de la Ley y el Derecho, sin poder tener influencia alguna de otra fuente, como es dicho informe. Esta exclusividad del Poder Judicial viene defendida también por la propia doctrina jurisprudencial del TC¹⁰². Ahora bien, la propia Sala, en esta Sentencia que estamos analizando, ha dado a entender que a pesar

⁹⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) de 13 de septiembre de 2006 AC\2010\1938.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 17 de octubre de 2012 RTC\2012\785.

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) de 7 de diciembre de 2011 JUR\2012\15816.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 1997 RTC\1997\116.

de esta exclusividad existen diversos límites al Poder Judicial¹⁰³ pero que claramente no se trata del art. 92.8 del CC.

No se considera inconstitucional la necesidad de que sea declarado el régimen de guarda y custodia compartida en base a la petición de una de las partes debido a que la sentencia del Juez ha de ser acorde con lo que las partes piden, es decir, tiene que ser congruente, no entrando en materia que no haya sido debatida ni controvertida por las partes (art. 218.1 de la LEC).

Del mismo modo, tampoco se considera una vulneración del art. 117.3 de la CE, por parte del art. 92.8 del CC, en el sentido de que no siempre va a darse la custodia compartida cuando así lo diga el informe del MF, ya que el propio órgano judicial en este supuesto caso puede denegar la petición de este régimen, siendo completamente constitucional dicha actuación.

En segundo lugar, se discute si este precepto en cuestión del CC vulnera también el art. 24.1 de la CE a tenor de cual las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. De esta manera lo dio a entender la propia Sala, donde se ve necesario el informe favorable del MF para poder imponer el sistema de guarda y custodia compartida, cuando no existe acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 del CC). Este informe no es recurrible, por lo tanto la sentencia que dicte el Juez en base a la misma, amparándose en el art. 92.8 del CC, tampoco lo es, en el sentido de que no va a tener fondo alguno el recurso, al encontrarse su motivación en exclusiva en el informe. Esto está íntimamente vinculado con el art. 117.3 de la CE, al comprometer la exclusividad de la potestad jurisdiccional.

Por otro lado, el propio TC consideró vulnerados otros dos preceptos de la Constitución, el art. 14 y el 39.

En cuanto al primero de ellos, recoge uno de los derechos fundamentales más importantes, el de la igualdad ante la ley. La propia Sala entendió que precisar el informe del Ministerio Fiscal cuando solo uno de los dos progenitores solicita la custodia compartida, pero cuando hay un acuerdo entre ambas partes, no es necesario, produciéndose en este sentido una discriminación ante la ley.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 29 de junio del 2000 RTC\2000\181.

Por otro lado, el segundo, y último de los preceptos que se han considerado vulnerado por el art. 92.8 del CC hace referencia a la protección de los menores (art. 39 de la CE). Este se encuentra relacionado con art. 14 de la CE. El TC entendió que no existía una igualdad entre los hijos ante la ley, al no tratar del mismo modo a los menores cuando haya un acuerdo entre los progenitores que cuando este no exista.

Por consiguiente, visto todo lo expuesto en dicha Sentencia, se declara inconstitucional el art. 92.8 del CC, en el sentido de que no es necesario un informe favorable del MF para que se pueda imponer la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores no la desea.

Esta resolución marco un antes y un después en el régimen de la custodia compartida, pudiendo el Juez o Tribunal imponer este sistema compartido cuando uno de los dos progenitores se niega a este régimen, y además exista un informe desfavorable del Ministerio Fiscal¹⁰⁴. Pero no solo en este sentido, sino una barrera más que se ha establecido entre el poder judicial y el ejecutivo, con el fin de evitar que se entremezclen y acabe con la separación de poderes. Siendo esto, en mi opinión, lo más importante de esta sentencia de inconstitucionalidad sobre el art. 92.8 del CC.

El dictamen de un especialista.

Su intervención a la hora de imponer un sistema de guarda y custodia compartida, viene recogida en el art. 92.9 del CC, al disponer que el Juez, antes de adoptar cualquier decisión, va a poder, de oficio o a instancia de parte, recabar el dictamen de un especialista debidamente cualificado, para la idoneidad del ejercicio de la patria potestad y del régimen de la custodia de los menores¹⁰⁵.

Es una figura muy importante a la hora de imponer un régimen de guarda y custodia compartida, ya que su finalidad es emitir un dictamen sobre la situación del menor, dando a conocer al Juez cuál sería la mejor situación para este. A pesar de ello, es una figura completamente distinta de la del Ministerio Fiscal, porque mientras éste representa al Estado, el especialista es un mero perito con conocimientos científicos,

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2013 RJ\2014\74; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 6 de junio de 2014 JUR\2014\254188.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 10 de enero de 2012 RJ\2012\3642.

cuya finalidad es auxiliar al órgano judicial, pudiendo este ser de oficio o a instancia de parte¹⁰⁶.

Este dictamen pericial va a ser considerado como un medio de prueba más (art. 299 de la LEC), que va unido al resto de documentos que se pueden aportar al caso. Como todas las pruebas, van a tener que estar sujetas a la admisión o no por parte del Juez (art. 285.1 de la LEC).

En dicho dictamen se va a determinar la idoneidad de cada uno de los progenitores para ser objeto de la guarda y custodia del menor, y si el carácter compartido del mismo es el mejor o no para el menor. Pero no solo en el momento de la ruptura de la convivencia familiar, sino que en cualquier momento que se interponga una demanda para un cambio de régimen, se puede solicitar dicho dictamen con la finalidad de que verifique si el régimen compartido que se viene disfrutando es el mejor para el menor¹⁰⁷.

Esta forma de elaborar el dictamen se realiza de diferentes maneras. La primera intención que tiene el especialista es que ambos progenitores lleguen a un acuerdo para evitar de esta manera que se extienda el procedimiento. Práctica que no es muy común, ya que ambas partes, si están en este punto del proceso, es porque no ha existido un acuerdo previo entre ellos. Posteriormente, se hace un estudio sobre la valoración que tiene cada uno de los padres sobre su propia propuesta, y sobre la del otro. Pero no solo va a ser un informe sobre ellos, sino que entran en juego terceras personas cercanas a la familia, para que expresen como son las relaciones de ambos progenitores con el menor, así como de este con ellos, o acudir a la opinión de especialistas como pueden ser psicólogos o pedagogos. Por último, se hace un estudio sobre el menor, analizando todos los aspectos de este en su vida cotidiana, y como siente la separación de sus padres¹⁰⁸.

¹⁰⁶ CUENCIA ALCAINE, B.: “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”, en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictámenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/>

¹⁰⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 23 de octubre de 2013 JUR\2014\31327.

¹⁰⁸ Vid. Apartado IV. *El art. 92 del CC. 1) La atribución de la custodia compartida, 1.1) El art. 92.5 del CC. El acuerdo de los padres*, p. 36 y 37.

Por otro lado, destaca la gran influencia que tiene este medio de prueba a la hora de dictar una sentencia el órgano judicial ya que, en muchas ocasiones se basan, mayoritariamente, en el mismo para desvirtuar las pretensiones de las partes¹⁰⁹.

Atendiendo a esto último, es diferente el dictamen de un perito especialista de parte que de oficio ya que, mientras este último va a tener una arbitrariedad en el procedimiento, mientras que en el caso de que sea una aportación de parte va a estar bañado con tintes de quien lo aporta, no teniendo tanta relevancia para el procedimiento. Contra los primeros se va a poder denunciar la posible parcialidad mediante la recusación (art. 124.1 de la LEC), mientras que los segundos caben la tacha, para poder impugnar la falta de objetividad del perito de parte (arts. 343 y 344 de la LEC).

La relación entre los progenitores.

Es evidente que, en el régimen de la guarda y custodia compartida, es necesaria una cooperación entre los progenitores a la hora de adoptar diferentes decisiones vitales para el menor. La falta de esta coordinación y comunicación entre ambos padres ha sido en varias sentencias motivo más que suficiente para declarar la improcedencia de la custodia compartida¹¹⁰, debido a que sería perjudicial para el interés del menor, intentando evitar de esta manera no solo la continua judicialización de los progenitores, sino que esta situación llegue a afectar negativamente al menor. Incluso, el propio Tribunal Supremo ha denegado la custodia compartida por este motivo¹¹¹.

La propia doctrina del TS, nos viene diciendo que la relación entre los progenitores afectaría al régimen de la custodia compartida en el caso de que fuese un perjuicio para el interés del menor¹¹².

Por lo tanto, no creo que una mala relación entre los progenitores vaya a suponer siempre una mala influencia para el menor, llegando a afectar a su desarrollo social y educativo, y por lo tanto, denegar la guarda y custodia compartida. El problema que radica en nuestro sistema judicial, y principalmente en nuestras AP, es que se intenta finalizar cuanto antes los procesos, e intentar establecer siempre el régimen más fácil, es

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 6 de febrero de 2012 RJ\2012\5922.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 4 de marzo de 2014 RJ\2014\1824; Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) de 2 de marzo de 2010 JUR\2010\144744.

¹¹¹ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 27 de mayo de 2015 JUR\2015\146687.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de julio de 2011 RJ\2011\5676.

decir, la custodia exclusiva, aprovechando la mala relación entre los progenitores como motivo de denegación de este sistema compartido, pero realmente no atienden a las necesidades del menor, ya que existen diversos casos en los cuales este desea continuar su relación con ambos progenitores, pudiendo en ese caso el propio Juez o Tribunal imponer el régimen de intercambio de la custodia de uno a otro y el tiempo de disfrute de la custodia del menor, tal y como se recoge en el propio art. 92.5 del CC. Esto podemos observar de lo dispuesto por el propio TS en su Sentencia de 16 de febrero de 2015¹¹³.

La audiencia del menor.

Se trata de un derecho que tienen todos los menores, y debe de garantizarlo el Juez siempre y cuando adopte cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de estos (art. 92.2 del CC). De aquí se desprende la redacción del apartado 6 de este mismo artículo, cuando nos dice que en los casos de guarda y custodia el Juez deberá oír al menor con suficiente juicio, de oficio o a petición de parte del MF, las partes, el Equipo Técnico Judicial, o el propio menor.

Tiene gran importancia la redacción del art. 770.4ª de la LEC en su segundo párrafo¹¹⁴, en concreto, la forma de realización por parte del Juez de la exploración del menor, el cual debe de garantizar que sea oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Por lo tanto, si, durante el proceso, el Juez o Tribunal considera oportuno realizar audiencia al menor, la Sala deberá de quedar vacía, es decir, deberán de abandonarla los abogados, procuradores, las partes y cualquier otro sujeto presente en la misma, quedando dentro únicamente el Juez, y excepcionalmente el Ministerio Fiscal. El objeto de esta regla es que el menor se pueda expresar libremente, sin ninguna influencia de terceras personas.

Una vez realizada dicha exploración, el Juez tiene que tener la convicción de cuál es la preferencia del menor en cuanto a sus padres, que es lo que a este le gustaría que sucediera a partir de la ruptura matrimonial.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 de febrero de 2015 RJ\2015\564.

¹¹⁴ Vid. En el Apartado III: *La Ley 15/2005*. p.29.

Esa preferencia del menor no va a ser la que vaya a tomar el Juez, ya que éste tiene que tomar la decisión de manera arbitral e imparcial. Pero es cierto que va a tener gran influencia a la hora de dictar sentencia¹¹⁵. Así, son varias las sentencias en las cuales, a pesar de no darse algunos requisitos para interponer la guarda y custodia compartida, el mero deseo del menor de continuar con la relación existente anteriormente con los dos progenitores es motivo más que suficiente para establecerlo¹¹⁶.

Pero también van a tener una gran influencia en sentido contrario, es decir, que sean los propios hijos los que no quieran que se imponga una custodia compartida, sino que prefieren estar bajo la guarda de uno de los progenitores, por lo que el Juez, a la hora de tomar una decisión, debe tenerlo en cuenta, para velar por el mejor interés de los menores¹¹⁷.

Es cierto que, en muchas ocasiones, los deseos del menor han sido manipulados previamente por alguno de los progenitores, o por el abogado, para que el Juez les dé la razón. Ante estas actuaciones, se pide que sea el Equipo Psicosocial o, en su caso, los trabajadores del Punto de Encuentro, los que deban de emitir un informe sobre las actitudes de los menores respecto del otro progenitor¹¹⁸.

La audiencia del menor también va a tener relevancia una vez que ya se haya impuesto un régimen de custodia compartida, cuando alguna circunstancia haya cambiado para que sea éste quien muestre sus preferencias e intereses¹¹⁹. En este sentido, el propio Juez será el que valore la decisión del menor y, si lo cree conveniente, para su propio interés mantendrá la guarda y custodia compartida.

Este derecho a oír al menor tiene tanta importancia para la imposición de un régimen de guarda y custodia, que existe en el ámbito del derecho internacional privado regulación al respecto, con el fin de velar por este derecho no solo en un Estado, sino en todos

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 de febrero de 2015 RJ\2015\553.

¹¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª) de 11 de diciembre de 2014 JUR\2015\46790.

¹¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2011 JUR\2012\5566.

¹¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) de 3 de mayo de 2013 JUR\2013\203685.

¹¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) de 30 de junio de 2014 JUR\2014\202945.

aquellos países firmantes, con el fin de una mayor integración y protección de los menores, que a fin de cuentas, es el interés que se tiene que proteger¹²⁰.

2) Supuestos en los que no procede la custodia compartida.

Hay varios casos en los cuales no se puede dar la custodia compartida, o de haberse dado se tiene que suspender. Así queda reflejado en el propio art. 92.7 del CC, donde se establece que 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 prácticas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

A pesar de que este precepto solamente hace referencia a los supuestos en los cuales se solicita la custodia compartida, también se extiende a la individual¹²¹.

2.1) Proceso penal.

En aquellos casos en los cuales uno de los progenitores se encuentra condenado o incurso en un proceso penal no se va poder imponer la guarda y custodia compartida ya que, en base al interés del menor, el Juez no va a poder imponer este régimen. Ahora bien, esto no quiere decir que siempre que exista un proceso penal sobre uno de los progenitores éstos no vayan a poder ostentar la custodia del menor, porque, tal y como el propio art. 92.7 del CC nos señala, únicamente podría darse esta privación en los casos en los cuales se atente contra la libertad, indemnidad sexual, etc. de alguno de los menores o del otro progenitor, por lo que en el caso de ser otro el hecho que ha producido el proceso penal no cabra privación de tal régimen¹²².

Parece claro que cuando nos encontramos ante un proceso penal mediante el cual se condena a uno de los progenitores, éste no va a poder obtener la custodia del menor.

¹²⁰ Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

¹²¹ Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

¹²² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2013 RJ\2013\8496.

Para ello es necesario que exista una sentencia motivada donde encontremos indicios fundados y racionales de criminalidad¹²³.

Al igual que en todo lo relativo a la custodia compartida, para que se pueda imponer, o denegar, es necesario velar por el interés del menor, siendo este el fin que pretende proteger el art. 92.7 del CC. Por ello, creo que cuando el propio Juez tiene la convicción de que no afecta que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal al interés del menor, no declarará improcedente el establecimiento del régimen de la guarda y custodia compartida¹²⁴.

Es muy importante ver la posición de los Jueces y Tribunales españoles ante situaciones en las cuales uno de los progenitores está incurso en un proceso penal por atentar contra la integridad del menor, como pueden ser los abusos sexuales¹²⁵, donde los órganos judiciales no han cambiado su tendencia, condenando todo tipo de conductas de esta envergadura, incluso cuando simplemente existen indicios. Y no solo en estos casos, sino en los supuestos de malos tratos a menores, donde se debe atacar dichas situaciones con mano dura, independientemente sea uno u otro progenitor el autor de dichos actos¹²⁶.

¹²³ IÑÍGUEZ DEL VAL, S.: “Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2013. De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución.”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 94, 2014, p. 245-268.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 19 de marzo de 2014 RJ\2014\1825.

¹²⁵ Sentencia de la Audiencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 27 de marzo de 2002 JUR\2002\220834: En dicha sentencia se deniega la custodia a una madre acusada de haber abusado y maltratado a sus hijas. La decisión llevada a cabo por el Tribunal estriba en considerar que la madre o apelante no habría superado en el momento de dictarse la sentencia la situación pasada, mostrando de nuevo, tras las pruebas efectuadas su ineptitud para ejercer la custodia que reclama. Además se considera que la estabilidad conseguida para las menores los años en los cuales han estado en acogida, podrían verse perjudicada por este hecho.

¹²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) de 24 marzo de 2015 JUR\2015\160554: De tal sentencia se podrían extraer dos ideas, de un lado, por su parte, la aclaración llevada a cabo por el Juez en la cual se establece que el Ministerio Fiscal no vincula la decisión que se tenga que tomar, sino que actúa en defensa e interés del menor, provocando por ello, que solo los órganos judiciales competentes puedan declarar la nulidad de actuaciones. Además de ello, deniega la custodia de la menor a la madre, al considerar que durante el período en el que la misma estuvo bajo su guarda y custodia, esta no acudió al colegio durante semanas sin causa justificada, a su vez, la comunicación con el padre durante esa época apenas existió, llevando a tomar esta decisión a su vez, los indicios existentes sobre posibles abusos sexuales llevados a cabo por esta, si bien sin que existiesen pruebas al respecto. Cada una de cuestiones llevo a denegar por parte del Tribunal, las reclamaciones realizadas por la demandante; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 5 de octubre de 2005 JUR\2006\44218: Se puede observar como un padre, acusado y condenado por abusos sexuales a las menores es suspendido del régimen de visitas que se había acordado hacia él en el año 1995, pidiendo el mismo la reanudación de las mismas. Esta petición había sido anteriormente efectuada, denegándose en los dos casos, alegando un perjuicio a las menores, y por otro lado, afirmando que las mismas se encontraban en situación de desamparo. El Tribunal en esta ocasión denegó las visitas teniendo en cuenta las

2.2) Violencia doméstica.

En este apartado es importante atender al segundo párrafo del art. 92.7 del CC, donde nos dice que no procederá la imposición del régimen de la guarda y custodia conjunta cuando el propio Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Se pretende evitar cualquier tipo de violencia dentro del ámbito familiar, y en concreto entre la pareja, independientemente de si el autor es un hombre o una mujer, en base al principio de igualdad del art. 14 de la CE. A pesar de ello, la mayor parte de las sentencias que podemos encontrar hoy en día son sobre violencia del marido sobre la mujer, pero también existen casos contrarios¹²⁷.

Un dato interesante sobre esta redacción es que no se precisa de una sentencia firme como ocurría en el apartado anterior, sino que, si el Juez tiene la certeza de que se ha producido un hecho de violencia doméstica, podrá denegar la custodia compartida¹²⁸.

Del mismo modo, tampoco se va a proceder a la custodia compartida cuando se establece una medida cautelar de protección de un progenitor sobre el otro, como es la prohibición de acercamiento, ya que, de hacerlo, ambos progenitores se deberían de ver, y ponerse de acuerdo en diferentes cuestiones sobre el menor, pudiendo producirse situaciones similares por las que existe un proceso penal abierto. Además, se estaría vulnerando el art. 468.2 del Código Penal, pudiendo recaer sobre él una pena de prisión.

Cuando hablamos de violencia doméstica, pensamos en agresiones o lesiones físicas, pero también hay que tener en cuenta que se trata de todo aquel maltrato psicológico, moral o degradante que se propicia por uno de los progenitores sobre el otro, y en muchas ocasiones delante del menor, lo que perjudica gravemente su desarrollo,

exploraciones efectuadas a las menores así como el informe del SAVAT (SERVICIO DE ATENCION A LAS VICTIMAS DE UN ACCIDENTE DE TRAFICO), afirmando que las mismas no otorgarían o privarían a las menores de su estabilidad emocional. Alude el Tribunal a lo estipulado en el art. 135 del Código Familia en el cual se recoge el régimen de visitas como un derecho y un deber, que se otorgará en aquellos casos en los cuales reporte un beneficio y se denegara en el caso contrario.

¹²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) de 30 de septiembre de 2014 JUR\2014\261589.

¹²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 18 de julio de 2008 JUR\2008\314409.

pudiendo adquirir el mismo comportamiento. Ante estos casos la Jurisprudencia es implacable, denegando automáticamente la custodia conjunta¹²⁹.

Y es claro que, en los supuestos donde existe una sentencia firme condenatoria, no va a ser posible la custodia sobre el menor, ya sea independiente o compartida, tal y como venimos recogiendo a lo largo de este epígrafe¹³⁰.

Es muy importante a la hora de tomar una decisión en casos de violencia doméstica, que el Juez tenga muy en cuenta el informe del MF, así como el informe psicosocial, para poder ver hasta donde se ve afectado el propio interés del menor con estas actuaciones. Así se puede desprender de las sentencias recogidas.

A pesar de sentirme claramente a favor de la custodia compartida, al considerar la mejor forma de perjudicar lo menos posible al menor, en casos como los que hemos podido ver en este epígrafe me encuentro totalmente de acuerdo con la Jurisprudencia actual de los órganos judiciales, siendo muy tajantes en este sentido, al no conceder la más mínima posibilidad para que personas con estas actuaciones puedan tener a su cargo a un menor.

V. BREVE REFERENCIA A ALGUNAS PRÁCTICAS COMUNES DE LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Siempre que se imponga un régimen de guarda y custodia compartida, van a surgir una serie de circunstancias como consecuencia del mismo. Estas, al igual que ocurre con la custodia compartida, va a poder ser acordadas mediante el convenio regulador (art. 90 del CC) o en su defecto, será el propio Juez el que las vaya a determinar (art. 91 del CC).

A continuación, voy a explicar tres consecuencias muy comunes, debido a la mayor vinculación con el menor.

1) Los gastos del menor.

Toda persona, por mínimos que sean, tiene una serie de gastos necesarios para la vida. En el caso de los menores, estos no van a poder ser sufragados por ellos mismos, por lo

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 14 de abril de 2014 JUR\2014\172308.

¹³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) de 23 de junio de 2014 AC\2014\1718.

que es necesario que alguien lo haga en su lugar, siendo una de las obligaciones de los padres, tal y como se deduce del art. 154 del CC.

Dentro de estos gastos podemos encontrar dos tipos diferentes: por un lado, los ordinarios; por el otro, los extraordinarios. En cuanto a los primeros, son aquellos gastos necesarios para la subsistencia del menor, los llamados gastos de alimentos. Entre estos, su concepto legal (art. 142 del CC) incluye también lo relativo a la vestimenta, comida, educación, asistencia médica o habitación. Pero no solo éstos van a ser considerados como ordinarios, sino que también todos aquellos que hayan venido siendo necesarios para la formación integral y educativa del menor, aunque no sean necesarios con carácter general para todos los menores, siempre y cuando puedan ser pagados, tal y como se desprende el art. 39.3 de la CE¹³¹, teniendo los padres la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Por otro lado, nos encontramos con los gastos extraordinarios, que van a ser todos aquellos que no entran dentro de los ordinarios, siendo de carácter imprevisible y no periódicos¹³².

Lo importante aquí es quién va a cubrir estos gastos cuando se trata de una custodia compartida. Atendiendo al art. 146 del CC esta cuantía será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, no existiendo por tanto un régimen establecido para ello.

Debemos mencionar que, dependiendo de si hablamos de unos u otros gastos, van a ser sufragados de diferente manera por los progenitores.

Los gastos ordinarios son un derecho para cualquier menor, mientras que va a suponer una obligación para los padres. Como ya hemos mencionado anteriormente, el art. 146 del CC establece como será la forma de contribuir de cada uno a las necesidades del menor, dándose de esta manera una gran variedad de posibilidades a la hora de afrontar dichos gastos¹³³.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 15 de enero de 2001 RTC\2001\1.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 15 de octubre de 2014 RJ\2014\5811.

¹³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 31 de julio de 2008 RJ\2009\643.

Con carácter general, lo normal es que cada uno de los progenitores haga frente a los gastos ordinarios del menor cuando este se encuentre bajo su custodia. Esta teoría es muy bonita, y puede hasta considerarse como igualitaria, pero la realidad es muy distinta, ya que, lo más lógico es que alguno de los dos progenitores supere en ingresos al otro y, por lo tanto, sea este el que aporte mayor cantidad para sufragar los gastos del menor, para evitar de esta manera cualquier tipo de desequilibrio en éste¹³⁴.

En cuanto a los gastos extraordinarios, debido a su imprevisibilidad serán abonados al 50% por cada uno de los progenitores¹³⁵, con independencia de quién ostente en ese momento la custodia de la menor. Pero al igual que los ordinarios, no siempre van a poder ser pagados a la mitad por cada uno de los padres, debido al poder adquisitivo de los mismos. Ante esta situación, se va a llevar a cabo un ajuste de la contribución de cada uno de los progenitores a estos gastos en función de los ingresos económicos¹³⁶.

Por lo visto hasta ahora, no existe ningún problema sobre los gastos que cada progenitor debe soportar. El problema aparece a la hora de establecer la delimitación entre los gastos ordinarios y extraordinarios cuando aparece un gasto importante para el menor ya que, como ya hemos visto, la aportación a dichos gastos depende de los ingresos de cada uno de los padres, pudiendo ser esto aprovechado por el que tiene menor número de ingresos para obtener de mala fe una mayor cantidad de dinero de su ex pareja. Ante esta situación, los tribunales resuelven la controversia de muy diversas formas, no existiendo unas pautas a seguir, debido a que cada caso es diferente, y cada órgano judicial tiene sus propios criterios para marcar la delimitación entre los gastos. Incluso, la AP que recogen la imposibilidad de establecer una lista cerrada de cuáles son los gastos extraordinarios y cuales los ordinarios¹³⁷.

Es necesario hacer un pequeño inciso en aquellos casos en los cuales, uno de los progenitores adelanta el pago de la pensión alimenticia sin haber solicitado previamente el pago común de los dos padres, no siendo posible devolver ni ser reintegrado una parte de esta cantidad adelantada¹³⁸, en función del art. 148 del CC. Para evitar esto, es necesario que se solicite previamente al despacho de la ejecución la declaración de que

¹³⁴ Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2009 RJ\2009\4606.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sal de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de junio de 2015 RJ\2015\2658.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 de marzo de 2010 RJ\2010\2340.

¹³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 20 de marzo de 2013 JUR\2013\172329.

¹³⁸ Sentencia de la Audiencia provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 13 de abril de 2005 JUR\2005\172541.

la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario (art. 776.4ª de la LEC).

2) La vivienda familiar.

Cuando nos referimos a la vivienda familiar nos estamos refiriendo al domicilio donde el menor/es y los progenitores han realizado la convivencia juntos, desarrollando su vida íntima y personal, y donde los cónyuges cumplen con sus derechos y obligaciones, tal y como se percibe del art. 68 del CC¹³⁹, hasta que se ha producido el fin de la convivencia como consecuencia de la ruptura, ya sea matrimonial o no matrimonial.

Una vez que se da este supuesto, y se impone el régimen de la guarda y custodia compartida, la idea general es que la vivienda familiar se otorgue al progenitor que la va a ostentar, al igual que ocurre en el caso de este mismo régimen de carácter individual¹⁴⁰.

Volviendo a la custodia conjunta, no encontramos una doctrina clara ya que cada caso es distinto, siempre que exista una buena relación entre los padres, así como interacciones de buscar lo mejor para los menores, se va a resolver diciendo que son los hijos los que van a quedarse en la vivienda familiar, siendo los progenitores los que vayan trasladándose a la misma, durante el tiempo que ostente la guarda y custodia de los hijos menores¹⁴¹. Personalmente esto es la mejor decisión atendiendo el interés del menor ya que éste va a continuar de la manera más semejante con su vida anterior a la ruptura de la convivencia familiar.

Ahora bien, no siempre va a poderse dar esta magnífica situación, debido a que cada situación es diferente, siendo de diversa índole las decisiones que pueden llegarse a tomar.

¹³⁹ MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, 2012, p. 1.

¹⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 26 de mayo de 2015 JUR\2015\166499.

¹⁴¹ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón de 22 de junio de 2010 AC\2010\1257: En dicho auto se establece un régimen de guarda y custodia compartida en la cual se fija que la vivienda habitual sea ocupada de forma continua por los hijos, siendo los padres quienes en aras de la buena relación que se profesan sean los que se trasladan a la vivienda en periodos de 6 días cuando les corresponda a estos la custodia. El objetivo de esta idea no es más que favorecer la estabilidad de los menores y la adaptación de los mismos a la nueva situación. Si bien, se establece que esta gravosa situación se mantendrá hasta el momento de venta de la casa o liquidación de gananciales, ya que la vivienda es propiedad de la madre aunque se prevé la posibilidad del pago de una renta por parte del padre para poder continuar viviendo allí el tiempo que le corresponda sin perjuicio de que las partes puedan acordar otra cosa.

Es más que evidente que, cuando es el menor el que se queda en la vivienda familiar, es necesario que haya un alto nivel económico por parte de los progenitores ya que no solo van a tener que tener abierto el domicilio familiar, sino que es necesario tener abiertos otros dos domicilios, uno para cada progenitor, donde hospedarse mientras no disfruta de la custodia compartida.

El problema radica cuando uno de los dos no tiene ingresos para poder mantener o adquirir una segunda vivienda. En estos casos, los Jueces y Tribunales toman otra decisión a la ya vista. Se otorga en este supuesto la vivienda familiar al progenitor que no dispone de recursos, eso sí, durante un tiempo estimado para que pueda recuperarse económicamente y poder adquirir otra vivienda. Esta decisión se toma en base al *favor filii*, para que el menor pueda comunicarse correctamente con ambos padres¹⁴².

Esta alternancia va a suponer que los progenitores se van a tener que trasladar cada cierto tiempo, y con ello también su propia ropa, objetos, en resumen, lo necesario para la vida. A esto hay que añadirle el pago de la luz, del agua o gas, mejoras que la propia casa necesite. Esto puede hacer que surjan pequeñas rencillas entre las dos partes.

A todo esto hay que añadirle los casos en los que cada uno de los padres rehagan sus vidas sentimentales, produciendo un rechazo por la otra parte de que esta nueva persona entre en la casa de sus hijos, comenzando una nueva relación con estos, llegando hasta extremos que los Tribunales no tienen otro que considerarlo como un motivo de suspensión de la guarda y custodia compartida, al afectar al interés del menor¹⁴³.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 24 de octubre de 2014 RJ\2014\5180: En esta sentencia especial importancia o relevancia asume la idea relacionada con la vivienda habitual. En la misma se atiende a las regulaciones autonómicas, en este sentido han fijado por ejemplo haciendo alusión a la legislación catalana en la cual se establece que se atribuirá el uso de la vivienda habitual al cónyuge más necesitado con carácter temporal siendo susceptible de prórroga o por otro lado, la valencia en la cual se atribuirá el uso de la misma en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores. Además en la misma se alude al problema surgido a raíz de la crisis económica en los casos en los cuales son los padres quienes se desplazan al domicilio familiar cuando les corresponda, puesto que este hecho les obliga a disponer de la propia vivienda, además de la familiar, teniendo por lo tanto tres viviendas en uso. Finalmente alude el Tribunal al art. 96 del Código Civil, concretamente a su apartado 2, puesto que el primero haría referencia a supuestos en los cuales la vivienda habría quedado para el cónyuge que tuviese la guarda y custodia en exclusiva. Sin embargo, como se trata de una custodia compartida, se tendrá que aplicar ese ya mencionado apartado 2 por analogía, referido a los supuestos en los cuales existiendo varios hijos, unos quedan bajo la guarda y custodia del padre y otros bajo la madre, lo cual llevará según el propio Tribunal a una necesaria ponderación de las circunstancias que concurran en cada caso, fundamentalmente si la vivienda es o no privativa de uno de los cónyuges y al interés más necesitado de protección.

¹⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 4 de diciembre de 2003 JUR\2004\165288.

La otra forma de establecer la custodia compartida en cuanto a la vivienda es que sean los hijos los que se trasladen de una a otro domicilio de los progenitores¹⁴⁴. Para que esto se pueda dar, es necesario que exista cierta cercanía sobre el entorno de residencia anterior del menor, así como una proximidad entre ambos progenitores¹⁴⁵.

Por lo tanto, se debe de tener muy en cuenta la proximidad entre ambos domicilios, porque de no existir va a poder ser un claro motivo de finalización del régimen de guarda y custodia compartida¹⁴⁶.

3) El Colegio.

Entra dentro de los gastos ordinarios, pero además supone una de las características a tener en cuenta por el interés del menor ya que, en él, va a desarrollar su vida educativa, de formación y social. Debido a esta importancia, es necesario que los dos padres que se encuentran ostentando la custodia compartida estén de acuerdo en qué colegio debe estar su hijo para el buen funcionamiento del régimen. En el supuesto caso de que de existir discrepancias en este aspecto, van a surgir procedimientos judiciales que de una u otra forma van a afectar negativamente al menor¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2013 RJ\2014\74: La Sala otorga la custodia compartida, si bien en el ámbito o aspecto relacionado con la vivienda habitual, ya que el piso era propiedad exclusiva del padre, se considera que son los hijos quienes deben variar el domicilio y no los padres quienes acudan al mismo, es decir, estos no permanecerán en el domicilio habitual, siendo totalmente posible y factible llevar a cabo dicha actuación, ya que los padres habitan en domicilios cercanos.

¹⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) de 16 de diciembre de 2003 JUR\2004\20303: El Tribunal en este caso estima preciso determinar que el mero hecho de un traslado desde el domicilio del padre hacia el pueblo en el que vive la madre, no lleva por sí solo el otorgamiento o cambio en el régimen de custodia de la madre a pasar la misma a ser compartida, puesto que según entiende el Tribunal en este caso, la menor no tendría un domicilio establece sino dos, y tampoco tendría regularidad en su vida, hábito y costumbres, lo cual se considera esencial por parte de este. Además y como motivo determinante entiende el Tribunal que este hecho propiciará un aumento de la crispación entre los progenitores, denegando por ello las pretensiones exigidas por el padre referidas a la fijación de la custodia compartida.

¹⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª) de 27 de mayo de 2014 JUR\2014\179651: En la misma se discute un cambio en las condiciones fijadas en el convenio regulador. Para ello el Tribunal se remite al art. 775 de la LEC estableciendo los criterios necesarios para que el mismo tenga lugar: cambio objetivo; cambio de suficiente entidad: alteración no coyuntural e imprevisto. El Tribunal considera no haber un cambio en este caso puesto que el mismo vendría dado por la reincorporación de la mujer en el trabajo, siendo esta circunstancia previsible además de no sustancial, ya que según el Tribunal para ser considerado de gran entidad sería necesario un cambio en el trabajo que le obligue a pasar tiempo fuera de casa o a pernoctar fuera del domicilio. Si bien, la negativa al establecimiento de la custodia compartida recogida en el fundamento cuarto se refiere a la distancia entre los domicilios, puesto que el padre sita a 40 km del colegio de los menores haciendo que estos deban viajar todos los días 80 km para acudir al mismo lo que hace inviable el establecimiento de este régimen de custodia compartida.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 de febrero de 2015 RJ\2015\564: En la sentencia mencionada se establecen los gastos a tener en cuenta a la hora de fijar un régimen de

Por otro lado, el Juez o Tribunal puede solicitar un informe al colegio donde acude el menor para verificar la situación de éste, la integración con el resto de niños, si los padres van a buscarle o la implicación de cada uno en la educación de su hijo, con el fin de averiguar si son idóneos para continuar o establecer la custodia conjunta¹⁴⁸.

En relación con la custodia compartida, más que ser un motivo por el que mantener dicho régimen, se utiliza como forma de cambio de uno a otro progenitor al menor, no alterando nunca el horario del mismo. Así, la doctrina del TS 52/2015¹⁴⁹ consideró para la alternancia del menor entre los progenitores el inicio de la jornada escolar. En lo relativo a los días sin colegio y los periodos vacacionales escolares, van a ser divididos entre ambos¹⁵⁰.

VI. RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTO.

Como ya hemos podido comprobar a lo largo del trabajo, una vez que se establece un régimen de guarda y custodia compartida, es necesario que exista una cooperación y coordinación entre los progenitores, además de la contribución por parte de ambos a

guarda y custodia. Entre los mismos debemos atender a dos grandes bloques tal y como aquí se reflejan. De un lado, los gastos extraordinarios, que serán aquellos excepcionales, imprevisibles, necesarios y adecuados a la capacidad económica de los progenitores, los cuales han de ser sufragados por ambos a la mitad, previa consulta del progenitor custodio al no custodio y previo acuerdo, expreso y escrito antes del desembolso, entre ambos, o en su defecto mediante autorización judicial ejerciendo la acción regulada en el art. 156 del CC. Dentro de los mismos y tal y como se establece en la resolución judicial, los mismos pueden ser, de carácter médico, una ortodoncia, gastos farmacéuticos, óptica, o bien de carácter educativo, por ejemplo, el apoyo escolar. Este tipo de gastos requiere o precisa ese requerimiento al otro progenitor, el cual ha de ser efectivo y sin dejar lugar a dudas de su recepción. Si transcurridos 10 días desde el mismo no se ha tenido noticia por parte del progenitor se entiende que el mismo está conforme. Además de los gastos extraordinarios, se encontrarían los gastos ordinarios, divididos estos también en dos grupos, usuales, incluidos dentro de la pensión alimenticia, y que pueden ser tales como el vestido, ocio, educación... Y por otro lado, los no usuales, entre los cuales se encuentran las actividades extraescolares, música, baile, cumpleaños, Primera Comunión o el colegio privado. Estos gastos ordinarios no usuales deben ser consensuados de forma expresa y escrita para que pueda compartirse el gasto, a falta de acuerdo serán sufragados por quien de forma unilateral haya tomado la decisión, no siendo subsidiario en este caso la autorización judicial puesto que los mismos no tienen carácter estrictamente necesario. Si bien, en este tipo de gastos es posible acudir a la vía recogida en el art. 156 del CC. Siempre y cuando la discrepancia se basa en sí el menor debe o no realizar la actividad.

¹⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª) de 2 octubre de 2014 AC\2014\2095.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 de febrero de 2015 RJ\2015\553: En el fundamento tercero de dicha sentencia se establece el régimen de la custodia compartida entre los progenitores, fijando la Sala del Tribunal Supremo que la misma se establezca por semanas alternas, llevándose a cabo el intercambio del menor los lunes, realizando del siguiente modo: el progenitor que tenga al hijo lo llevará al centro escolar el día que corresponda y será recogida por el otro cuando haya finalizado la jornada. Por lo tanto, se observa como la Sala, ha tomado como punto de partida el horario escolar para fijar o distribuir a raíz del mismo el régimen de guarda y custodia.

¹⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) de 29 de abril de 2014 JUR\2014\199004.

satisfacer a una serie de gastos, es decir, al desarrollo o cumplimiento de una serie de obligaciones.

Si bien este hecho plantea problemas, concretamente en los supuestos en los cuales uno de los padres se muestre contrario o, por su parte, se niegue a realizar aquellos comportamientos que le son requeridos, produciendo con dicha conducta un perjuicio para el menor, puesto que este hecho afecta al interés del mismo, llegando incluso a tener consecuencias en las condiciones básicas requeridas para la adopción del régimen de custodia compartida, tal y como se desprende de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵¹.

Debido a la gravedad de tales actuaciones y con el objetivo de paliar la actitud tomada por uno de los progenitores, se acudirá a los órganos judiciales para que sean ellos quienes resuelvan o arreglen la situación. Si bien, en este sentido es preciso tener en cuenta que, en primer lugar se deberá acudir a la vía civil, con el fin de intentar llegar a un acuerdo, o conseguir una solución lo más rápida y menos conflictiva posible; en el caso de que este comportamiento continúe, es decir, el progenitor persista en su actitud, se podrá acudir a la vía penal para poner fin a tal comportamiento.

En base a esta idea, por lo tanto, debemos tener en cuenta, en primer lugar, la regulación establecida en el art. 776 de la LEC. Este precepto recoge no más que la posibilidad ya mencionada presentada ante los progenitores de acudir a la vía civil, para acabar con el incumplimiento de las obligaciones llevado a cabo por uno de los progenitores, ya sea tanto, actuaciones referidas al ámbito económico, por ejemplo, el pago de los gastos correspondientes¹⁵², o por otro lado, casos donde se produzca un incumplimiento respecto de acciones no pecuniarias de carácter no personalísimo.

De igual modo que anteriormente reflejamos, es posible acudir a la vía penal, y así es como el propio Código Penal recoge dentro de su articulado un apartado específico destinado a sancionar este tipo de conductas. Concretamente, la sanción que se ha de imponer en estos casos así como el supuesto de hecho que tiene que producirse para aplicar la misma viene recogido en el art. 622, en el cual se establece que aquellos padres que, sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares, o en caso, de

¹⁵¹ Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 7 de julio de 2011, *Revista de Derecho de Familia*. 2012, nº. 56/2012, p. 2 y 3.

¹⁵² Vid. Apartado V: *Breve referencia a algunas prácticas comunes de la atribución de la custodia compartida*. 1) *Los gastos del menor*. p. de la 49 a 52.

desobediencia, infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

Si bien, este no es el único precepto destinado a regular estas actuaciones, sino que, a su vez, además del ya mencionado art. 622, se ha de tener en cuenta lo establecido en el art. 618.2 del CP, donde se castiga el comportamiento o la conducta de aquellos que incumplieran las obligaciones familiares que se han fijado ya sea a través de un convenio regulador o bien que se han establecido mediante una resolución judicial, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, estableciendo para sus autores una pena de multa de 10 días a dos meses, o bien, obligándoles a realizar trabajos en beneficio de la comunidad durante un período de 30 días.

A su vez, y con el objetivo de penar aquellos comportamientos más graves, el CP dedica un artículo más a la regulación de estas cuestiones, fundamentalmente aquel que sanciona los comportamientos o conductas destinados a la sustracción de menores llevadas a cabo por sus progenitores, fijando para estos una pena de privación de libertad de entre 4 a 10 años, regulada en el art. 225 bis del CP.

Ese mismo precepto recoge en su apartado segundo aquellas actuaciones consideradas como tal, es decir, aquellas que supondrían una sustracción de menores y que darían lugar a la aplicación de tal artículo. Las mismas han sido recopiladas por el legislador teniendo en cuenta cuales habrían sido, hasta el momento de su regulación, las prácticas más habituales llevadas a cabo en nuestro país, entre las que se encuentran entre otras, por ejemplo, el traslado del menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien vivía o cuando el mismo sea trasladado fuera de España; llegando hasta un total de cinco casos.

Visto lo anteriormente explicado, se observa como este Título XII del Código Penal alude a la regulación española aplicable en los supuestos en los cuales se aprecia un incumplimiento de las obligaciones por parte de los progenitores en aquellos casos en los cuales se haya establecido una guarda y custodia compartida.

Por último, y en relación a la regulación estipulada en el Código Penal se debe tener en cuenta que el pasado 31 de marzo de 2015, tuvo lugar la publicación de la Ley Orgánica que modifica el CP del año 1995 cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de julio de ese

mismo año. Esta Ley no supone o trae consigo ningún cambio o novedad respecto a los preceptos a los que hemos aludido hasta el momento.

Pese a todo ello, es preciso y necesario tener en cuenta que es posible que lo fijado en el convenio regulador o en una resolución judicial sea alterado por las partes, siempre y cuando medie un acuerdo entre los progenitores (art. 775 de la LEC).

Si bien para que esas modificaciones se produzcan es necesario que se de ese consentimiento, siendo muy frecuente en la práctica que se produzcan alteraciones en los términos establecidos sin que medie consentimiento del otro progenitor, lo que lleva a que se produzca una vulneración de las situaciones o circunstancias prefijadas en la guarda y custodia. Lo cual produce y da lugar también a una variada y abundante jurisprudencia en relación a estos casos.

Entre las prácticas más comunes de violación o incumplimiento de las obligaciones destacaría, por ejemplo, la entrega tardía del menor o retrasos en la llegada al punto de encuentro o cambio¹⁵³, así como, no dejar o dificultar la comunicación con el otro padre durante el disfrute de la custodia por el parte del otro¹⁵⁴, no respetar los periodos de vacaciones que a cada uno de ellos se le ha asignado, o también, matricular al menor en cursos o actividades sin consenso de los padres.

En relación a uno de estos supuestos típicos ejercidos en la práctica, cabe destacar la conducta consistente en trasladar al menor fuera del domicilio del progenitor, por ejemplo, en supuestos de vacaciones. Esta conducta en principio no supone problema alguno siempre y cuando se lleve a cabo en el período que le corresponda al progenitor. Si bien, es aconsejable, con el objetivo de evitar posibles conflictos posteriores, sobre todo en aquellos supuestos en los cuales la relación entre los progenitores no es favorable, informar de las intenciones que se pretenden llevar a cabo, sin que sea necesario el consentimiento del progenitor no custodio, facilitándole a éste un teléfono o cualquier otro dato que le permita mantener la comunicación con el menor, siempre y cuando lo haga de manera razonable, no meramente por capricho y respetando horarios.

A pesar de que tal conducta no sería en principio conflictiva, sí que puede dar lugar a problemas en aquellas situaciones en las cuales la idea pretendida por uno de los

¹⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) de 11 de julio de 2013 JUR\2013\261730.

¹⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) de 2 abril de 2012 JUR\2012\139568.

progenitores sea trasladar al menor fuera del país. Es por ello que, en muchas ocasiones, las propias resoluciones judiciales destinadas a declarar la nulidad, separación o divorcio establezcan o introduzcan dentro del apartado referido a la regulación de la guarda y custodia de los menores, cuestiones relativas a la posible salida del menor o incapacitado del país, fijando la necesidad de expedir el pasaporte de éste, o decretando la imposibilidad de llevar a cabo esa acción salvo que concurra una autorización judicial a tal efecto¹⁵⁵, y así aparece regulado en el art. 103 del CC como medidas protección de los menores, intentando evitar este tipo de actuación.

Si, desobedeciendo lo estipulado en la sentencia, aun así el progenitor opta por salir de España con el menor, será responsable de una serie de consecuencias negativas, entre las cuales figura la privación y extinción de la guarda y custodia compartida de éste; así como el cumplimiento de sanciones estipuladas en el ámbito penal, tales como multas coercitivas, trabajos en beneficio de la comunidad, llegando incluso, y atendiendo al caso y las circunstancias que rodeen el mismo, a imponerse penas privativas de libertad.

El motivo de tales consecuencias se justifica en la preocupación por parte del legislador de proteger al menor, en concreto, contra sustracciones sufridas por sus propios padres aprovechando la confianza que le da al menor el vínculo afectivo con éste.

No es difícil encontrar casos en los cuales, existiendo un régimen de guarda y custodia compartida, uno de los progenitores se lleva al menor fuera del país con la intención de no volver a éste, y de esta forma que el otro padre no vuelva a ver ni a tener contacto alguno con el hijo que tienen en común.

En este sentido, se ha elaborado un Convenio a nivel internacional¹⁵⁶ cuyo objetivo consiste en facilitar o mejorar la cooperación entre los Estados firmantes para disminuir este tipo de conductas. Dicho Convenio, en su art. 3, describe o realiza un análisis o definición de lo que debe entenderse por sustracción, considerando que la misma supone un traslado o retención ilícito de un menor cuando se ha producido con infracción de un derecho de custodia, independientemente de si la misma se trata de una individual o compartida.

¹⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) de 19 de noviembre de 2012 JUR\2012\398151.

¹⁵⁶ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980. Publicado en el B.O.E. núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, B.O.E. núm. 155, de 30 de junio de 1989, y B.O.E. núm. 21, de 24 de enero de 1996.

En aquellos supuestos en los cuales realmente haya tenido lugar la realización de tal conducta por parte de uno de los progenitores, se deberá de aplicar tal Convenio, el cual establece que será necesario que todas las Administraciones Centrales de los Estados contratantes actúen, con la mayor rapidez posible, a fin de poder restituir la situación anterior, trasladando al menor del Estado en el que se encuentra el Estado de residencia del mismo. (Art. 11 del Convenio)

Además del mencionado Convenio, en la Unión Europea es importante mencionar el Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, con el cual se pretende combatir prácticas de este tipo, así como unificar el espacio judicial europeo en lo relativo al Derecho de Familia.

Ante tales supuestos, la práctica o las actuaciones que se han de llevar a cabo siguen un protocolo, siendo primero necesario que se dé traslado de lo ocurrido a las autoridades judiciales para que sean estas quienes pongan en marcha la tramitación que sea requerida, para la búsqueda del menor, con el objetivo de que de este modo sea posible conseguir el traslado del mismo a su país de residencia a la mayor brevedad posible.

En este sentido varias sentencias de Jueces y Tribunales españoles avalan cual es la práctica actual en nuestro país¹⁵⁷, basándose la misma como no puede ser de otro modo en la defensa y garantía del interés del menor.

VII. EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

Visto el actual régimen de la guarda y custodia compartida, recogido en la Ley 15/2005¹⁵⁸, podemos afirmar que hoy en día existe una falta de coordinación entre la normativa estatal y la existente en los diversos territorios forales¹⁵⁹. Mientras nuestro CC establece la custodia compartida como una mera posibilidad, en autonomías como Aragón¹⁶⁰, Cataluña¹⁶¹ y Valencia¹⁶² van a considerar o entender que este régimen es

¹⁵⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 31 de marzo de 2015 JUR2015\117498.

¹⁵⁸ Vid. Apartado III: *Ley 15/2005 de 8 de julio*, p. 27-34.

¹⁵⁹ RUIZ-RICO RUIZ, C: Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional en las relaciones familiares. D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.), *Estudios en Derecho Civil en homenaje al profesor José González García*, 2012, p. 1397-1410.

¹⁶⁰ Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

preferente o prioritario al individual, aunque es necesario que vele por el interés del menor, sino no podrá establecerse el mismo.

Otros territorios, como es el caso de Navarra, no dan preferencia a un régimen en concreto, sino que dan la libertad al Juez o Tribunal para que sea el que determine libremente cual es el mejor régimen para el menor¹⁶³.

De esta manera, lo que para un menor en Cataluña, por ejemplo, se le impondría preferentemente la custodia compartida, es decir, continuar de la manera más similar la convivencia con sus progenitores anterior a la ruptura matrimonial, en Castilla y León un menor no tendría como prioridad esa continuación de las relaciones paterno filiales, sino un régimen individual.

A esto demos de añadir la continua Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en la ya vista en la Sentencia 96/2015 de 16 de febrero¹⁶⁴.

Por todo ello, el legislador ha querido adoptar la realidad social a la práctica, así como evitar las desigualdades existentes entre los diferentes territorios del país. Unido al deseo de querer igualar nuestro derecho de familia al de otros países del entorno, como son Gales, Inglaterra o Italia¹⁶⁵. Con tal finalidad, se elaboró el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

En éste, podemos encontrar diversas modificaciones que van a suponer un gran cambio dentro de nuestro actual CC a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia compartida, aunque diversos aspectos van a continuar vigentes. En este sentido, se continúa dando mayor prioridad al convenio regulador o acuerdo de los progenitores, siempre y cuando vele por los intereses de los menores.

Ahora bien, son varios los preceptos que ven alterados o modificados, recogiendo una redacción completamente diferente a la que tienen hoy en día. De esta manera, quiero

¹⁶¹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

¹⁶² Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, en relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convive.

¹⁶³ Ley foral 3/2011, de 12 de marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

¹⁶⁴ Vid. Apartado IV: *El artículo 92 del CC, 1) Atribución de la custodia compartida, 1.2) La imposición del Juez, La relación entre los progenitores.* p. 43.

¹⁶⁵ Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

empezar hablando del art. 90 del CC, el cual, nos viene diciendo el contenido que debe de tener el acuerdo anteriormente mencionado, al que deberían de llegar los progenitores en el caso de nulidad, separación o divorcio. Esta redacción tiene un carácter muy general, dejando fuera de la misma muchas cuestiones importantes que en los últimos años son las que han el objeto de la gran mayoría de las controversias en nuestros juzgados, como por ejemplo la recogida y entrega del menor¹⁶⁶, los gastos de este¹⁶⁷, entre otros.

Con la nueva redacción que se le quiere dar al art. 90 del CC, el legislador pretende acabar con las numerosas discrepancias entre los padres, y por ello estableció en dicho precepto la solución a las mismas, recogiendo que en el convenio regulador se deberá de contener al menos el plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos como corresponsabilidad parental, sobre la forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para el menor, el cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de estos, así como los periodos de convivencia con cada uno de los progenitores, el régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, el lugar o lugares de residencia de los menores, determinando cuál figurara como lugar de empadronamiento, y lo relativo a la recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia compartida, o en otro régimen que suponga el cambio del menor de un padre a otro. En su caso, también se va a poder acordar los gastos ordinarios y extraordinarios, o la comunicación con otros familiares.

Al igual que en el Derecho actualmente vigente, en defecto de dicho convenio, es decir, de no existir un acuerdo entre los progenitores, será el propio Juez o Tribunal el que estudiando las circunstancias, establezca las medidas que estime oportunas, velando en todo momento por el interés del menor. De esta manera, aparece redactado en el art. 91 del CC, que aunque va a ser también objeto de modificación, esencialmente nos viene diciendo lo mismo. La innovación que nos encontramos en dicho precepto es la relativa al intento de evitar que sea una decisión tomada exclusivamente por el Juez, intentando el legislador que se acuda a la vía judicial, siendo costoso para ambas partes. Así, en el

¹⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) de 5 de junio de 2014 JUR\2014\184293.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sal de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de junio de 2015 RJ\2015\2658; Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón de 22 de junio de 2010 AC\2010\1257.

art. 2 del Anteproyecto de Ley, se añada un segundo párrafo al apartado uno de este precepto del CC, dando la posibilidad a los cónyuges a realizar sus propias peticiones mediante la presentación del plan de corresponsabilidad parental.

Pero no solo acaba aquí la intención del legislador de evitar a toda costa la vía judicial, procurando que los progenitores lleguen antes a un acuerdo, como ocurre en el apartado tercero del precepto analizado, donde se da la posibilidad de someter voluntariamente cualquier diferencia que estos tuvieran, o si se considera oportuno debido a las circunstancias del caso, solicitar una mediación del Juez, el cual deberá de aprobarlo.

Centrándonos más en el régimen de la custodia compartida, debemos de hablar de la modificación del art. 92 del CC, el que hasta ahora recogía la posibilidad de establecer dicho régimen.

Una de las más grandes novedades en éste ha sido la introducción de la figura del Ministerio Fiscal como el encargado de velar y salvaguardar, junto al Juez, el derecho del menor a ser oído cuando se tome alguna decisión sobre la patria potestad, la guarda y custodia, el cuidado o la educación del mismo.

Tal y como hemos visto, en nuestro Derecho de Familia se da preferencia a la guarda y custodia individual, o dicho de otro modo, la custodia monoparental. A pesar de ello, los órganos judiciales cada vez optan más por la custodia compartida como mejor forma de continuar los menores con la relación anterior a la ruptura familiar con sus progenitores. Esto, unido al perjuicio del principio de igualdad del art. 14 de la CE, mencionado anteriormente, ha llevado a que se haya querido adaptar el Derecho de Familia a la situación actual, eliminando cualquier prioridad por uno u otro régimen de custodia, dejando que sea el propio Juez, en base a las circunstancias de cada caso, y velando por los intereses de los menores, no el de los progenitores, el que vaya a determinar qué sistema es el más conveniente¹⁶⁸.

De esta forma, el art. 4 introduce en nuestro CC el art. 92 bis, donde en su primer apartado concede al Juez la posibilidad de la que venimos hablando.

En el segundo apartado, aparece la posibilidad de que el Juez establezca la custodia compartida mediante dos vías: la primera de ellas, cuando uno de los progenitores así lo solicita, siempre el otro la solicite de carácter exclusiva dicha custodia. En segundo

¹⁶⁸ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley.

lugar, se podrá imponer sin la necesidad de que ninguno de los padres la solicite, siempre y cuando se fundamente en la protección de los intereses del menor, sobreponiéndose a cualquier otro interés que puedan tener los progenitores.

Pero no queda aquí lo regulado en este apartado, sino que va a recoger todas aquellas cuestiones sobre las que el propio Juez debe de pronunciarse en la sentencia cuando establezca la custodia del menor, como puede ser la estancia, la comunicación con el otro progenitor, pero también con otro familiar ya sean los abuelos, tíos o incluso sus propios hermanos, cuando así lo considere consientan los sujetos afectados, y como siempre atendiendo al mayor beneficio para el menor.

La redacción venimos conociendo en el actual art. 92.6 del CC¹⁶⁹, pasa a ser el tercer apartado del artículo en cuestión. En él se busca de la mano de terceras personas o instituciones ajenas al Juez, la idoneidad o capacidad que cada uno de los padres tienen respecto de sus hijos para ser titulares de la custodia del mismo.

Como ya hemos dicho, el legislador quiso adaptar este Anteproyecto de Ley a la Jurisprudencia existente, para atender a las necesidades sociales. En este sentido, se ha redactado el propio apartado cuarto donde se establecen los requisitos necesarios para poder establecer la custodia compartida, tal y como recoge el Tribunal Supremo en su Sentencia del 8 de octubre de 2009¹⁷⁰.

A continuación, se abre el apartado quinto, recogiendo aquellos casos en los cuáles no cabe la guarda y custodia de ningún tipo, es decir, no se va a poder establecer ni con carácter exclusiva ni conjunta. Es una copia literal del apartado siete de nuestro actual art. 92 del CC, pero con alguna novedad como es el caso de que se incluye la custodia monoparental.

¹⁶⁹ Vid. Apartado IV: *El art. 92.5 del CC. El acuerdo de los padres*. p. 37 y 38,

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2009 RJ\2009\4606: En esta sentencia, en su Fundamento de Derecho quinto, podemos encontrar los requisitos necesarios para poderse establecer una custodia compartida, tales como la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional de cada uno de ellos, los deseos manifestados por los hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que vivan en el hogar familiar, el número de hijos, los acuerdos adoptados por los padres, la ubicación de sus respectivos domicilios, los horarios y actividades de unos y otros, el resultado de los informes exigidos legalmente, con el fin de que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá de ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores convivían.

Por ello, en el caso de delitos que atenten 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, no va a poder imponerse ningún régimen de custodia, cuando exista una sentencia firme, manteniendo dicha prohibición durante el tiempo que de la responsabilidad delictiva. Esto no quiere decir que no pueda haber contacto entre el progenitor autor de tales hechos y los menores, ya que, de existir circunstancias favorables, y en interés del menor, se podrá imponer un régimen de estancia, relación o comunicación. Del mismo modo, se extiende dicha prohibición a los casos en los cuales, uno de los padres se encuentre incurso en un proceso penal por los motivos anteriormente mencionados, o cuando el órgano judicial del orden civil advierta que existen dichas actuaciones y no hayan prescrito.

Por último, en el supuesto de que a ese progenitor privado de ser titular de la custodia de su hijo por estar incurso en un proceso penal, como se acaba de apuntar, se dicte un sobreseimiento libre o provisional firme va a suponer motivo de revisión de dicho régimen.

A pesar de esta limitación hacia aquellos progenitores autores de los delitos mencionados, el apartado sexto recoge una salvedad, y es que se posibilita excepcionalmente atribuirles la custodia compartida normalmente, cuando ambos fuesen los autores, siempre y cuando concurren los requisitos mencionados en el apartado cuarto, sea beneficiario para el menor, y atendiendo a la gravedad de los hechos, la naturaleza y duración de la pena fijada para el delito y la residencia y peligrosidad de los progenitores. En caso de no darse esto, serán los familiares más idóneos y capaces los que vayan a ser objeto de la titularidad de la custodia de los menores.

Con objeto de proteger a los menores que se encuentren bajo la custodia de los padres que han sido autores de los hechos mencionados, el apartado séptimo recoge que el Juez deberá de velar por la seguridad, integración y recuperación de los hijos, así como llevar a cabo un seguimiento sobre la evolución de los mismos.

Como ya hemos ido comprobando a lo largo del trabajo, a la hora de establecer la custodia compartida, surgen diversas controversias o discrepancias entre los progenitores, como es el caso de afrontar los gastos, y en especial para la separación entre los ordinarios y extraordinarios, en aquellos casos donde existen dudas, y como

consecuencia, quien se hará cargo de los mismos¹⁷¹. El legislador recogió una vez más la solución dada por la jurisprudencia, ampliando el ya existente art. 93 del CC¹⁷².

Para finalizar con los cambios del Anteproyecto de Ley en nuestro CC respecto de la custodia compartida, el at. 8 modifica el actual art. 96 referente a la residencia habitual de los menores. Una vez más, tiene preferencia lo acordado por los progenitores pero, en defecto de este convenio regulador, o que en el mismo no se recoja el lugar de residencia de los hijos, será el juez el que la determine, en base al interés de éstos. Lo que se pretende aquí es asegurar el derecho a una vivienda para los menores, con independencia de cuál sea la custodia que se va a ejercer. Se da, en primer lugar, una solución práctica en cuanto al empadronamiento de los hijos, evitando así futuras discrepancias, ya que se hará en la población donde se encuentre ubicado el domicilio del progenitor con el que pase más tiempo en un cómputo anual, o con el que tenga una mayor vinculación, intentando con ello dar una solución aquellas situaciones donde el menor se tenga que desplazar de un domicilio a otro. De ser los padres los que se tengan que desplazar alternativamente a una vivienda fija donde se encuentra permanentemente el menor, será aquí donde se empadrone a este.

¹⁷¹ Vid. Apartado V: *Breve referencia a algunas prácticas comunes de la atribución de la custodia compartida, 1) Los gastos del menor.* p. 50.

¹⁷² El art. 93 del Anteproyecto de Ley recoge lo siguiente: “1. El Juez determinará, cuando proceda, la contribución de cada progenitor a la satisfacción de las cargas familiares y, siempre que hubiere hijos menores, la pensión de alimentos por sus necesidades ordinarias y la proporción en la que deben contribuir a los gastos por sus necesidades extraordinarias, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, 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. 2. Deben considerarse gastos necesarios ordinarios los comprendidos en el artículo 142 que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia. Serán gastos extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico y los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, siempre que exista acuerdo sobre las mismas. No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, pero se consideren adecuados para ellos. 3. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares, en su caso. Los gastos extraordinarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización. 4. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes. La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares. 5. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en el artículo 152”.

En segundo lugar, se va a continuar con la idea de que aquel progenitor que objetivamente no tenga recursos económicos para sufragar una tercera vivienda, se quede con el domicilio habitual, aunque este sea de titularidad del otro progenitor, durante un plazo máximo de 2 años, prorrogable otro si las circunstancias de precariedad no han cesado. Ahora bien, que se quede con el uso de la vivienda familiar conlleva a que será computable a efectos de la pensión de alimentos.

Cuando existe alternancia entre los padres, respecto del domicilio familiar, los gastos de la misma van a ser compartidos¹⁷³, pero si por las circunstancias excepcionales, analizadas anteriormente, se otorga ésta a uno solo de los progenitores, será éste el que corra a cargo de todos estos gastos, atendiendo siempre a sus posibilidades económicas.

No ocurre lo mismo con la hipoteca o seguros, ya que van hacer frente a los mismos aquel que figure en el título de constitución como titular del mismo.

En cuanto a la sustracción de menores, vimos las medidas a adoptar por el Juez para prevenir estos sucesos¹⁷⁴. A pesar de ello, se ha querido extender el abanico de medidas a adoptar por el Juez para evitar estos hechos como, por ejemplo, la necesidad de autorización judicial no solo para el cambio de domicilio, sino también de colegio (art. 12 del Anteproyecto de Ley).

No solo va a ser objeto de modificación los preceptos del CC, sino que también afecta a la LEC. En concreto, vemos como se pretende cambiar el art. 770.4, donde se añade la posibilidad de que el Ministerio Fiscal se encuentre presente durante la exploración del menor, pudiendo ser grabada si fuese pertinente.

Para finalizar con el análisis de este cuerpo normativo, quiero hacer un pequeño inciso en dos preceptos: el primero de ellos, el que pasaría a ser el nuevo art. 94 del CC, donde los incapacitados pasarán a considerarse como personas con capacidad judicialmente complementada. El segundo, se trata del cambio del art. 159 del CC, donde se va a recoger la equiparación a los vínculos matrimoniales todas aquellas relaciones análogas a estas, como puede ser una pareja de hecho, aplicando en estos casos las reglas de los arts. 90 y ss vistos a lo largo de este punto. También se extiende esta aplicación, para

¹⁷³ Vid. Apartado V: *Breve referencia a algunas prácticas comunes de la atribución de la custodia compartida*, 2) *La vivienda familiar*. p. 53.

¹⁷⁴ Vid. Apartado VI: *Responsabilidades por incumplimiento*. p. 58.

aquellos progenitores que no convivan juntos y no se encuentren unidos por ningún vínculo.

Toda Ley tiene sus pros y sus contras, eso es más que evidente, pero cuando estamos hablando de un Anteproyecto de Ley las críticas son mayores, sobre todo en contra.

En cuanto al Anteproyecto de Ley que venimos describiendo, personalmente creo que es un gran avance en cuanto a la eliminación de todas aquellas desigualdades geográficas dentro de España a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia compartida. Además, se atiende a la necesidad social y al verdadero interés de los menores, continuando de la forma más similar a la relación anterior con sus progenitores.

Una de las innovaciones más aceptadas, desde mi punto de vista, es la referente a la mediación, ya que va a suponer agilizar en gran medida los procesos de nulidad, separación y divorcio cuando esté debatiéndose la custodia compartida del menor, llegando a un consenso entre ambos progenitores, que siempre va a ser menos conflictivo que si se impone por parte del Juez.

Otra introducción muy positiva para la consecución de una situación más favorable para el menor es la nueva redacción del art. 92.2, debido a que se introduce la figura del Ministerio Fiscal, junto al Juez, como las instituciones que velarán por el derecho de los menores a ser oídos, constituyendo de esta manera una forma de reforzar esta práctica, ya que se da una mayor importancia a los deseos manifestados por estos durante la audiencia.

En cuanto al poder que le ha otorgado al Juez de poder establecer la guarda y custodia compartida en los casos donde ninguno de los progenitores lo haya solicitado, ha sido objeto de numerosas críticas, y en concreto de la Fundación de Mujeres Progresistas, ya que consideran que esta forma de imponer este sistema elevará aún más las discrepancias entre los progenitores, y con ello el número de litigios en los Tribunales. Del mismo modo, hace que se perjudique al menor, que se va a ver en medio del conflicto, afectando claramente a sus propios intereses¹⁷⁵.

¹⁷⁵ J. ÁLVAREZ, R. Los enigmas de la Ley de custodia compartida. *El Mundo*, Madrid, 11 de febrero de 2015.

En mi opinión, la crítica de la Federación de Mujeres Progresistas no es objetiva ya que, cuando existe un menor de por medio, en los casos de ruptura conyugal o de convivencia, se tiene que velar por los propios intereses de éste, y no por lo que uno u otro pida o, lo que es lo mismo, que no prevalezcan los intereses propios de los padres sobre los de los menores. Es evidente que en los casos donde no exista ningún motivo por el que no imponer una custodia compartida, lo más beneficioso para el menor será un régimen que se asemeje a la situación anterior a la ruptura conyugal, y no favorecer solamente la convivencia con uno de ellos.

Para finalizar con este punto, es necesario hacer hincapié en uno de los puntos más conflictivos entre los distintos partidos políticos, pero también muy criticado en la sociedad española, fundaciones y organismos. El núcleo de esta gran oposición se debe a lo que recoge el nuevo art. 92.6 bis y, en concreto, la excepcionalidad que en el mismo se recoge, siendo posible que el Juez establezca un régimen de custodia compartida de los menores a favor de aquellos progenitores que hayan sido autores de un delito de violencia doméstica o de género, cuando se cumplan una serie de requisitos¹⁷⁶ no ha sido muy bien acogido. Pero no solo se critica esta posibilidad, sino lo que se recoge en el propio apartado quinto de este mismo precepto, donde el autor de un delito de violencia doméstica o de género vaya a poder ser titular de un régimen de comunicación con el menor.

Tanto en el primero como en el segundo caso, me parece una gran imprudencia por parte del legislador ya que ambos progenitores han podido haber realizado una serie de actuaciones contra el menor, y se les premia con la titularidad de la guarda y custodia de éste, produciendo un ambiente de inseguridad sobre el hijo. Del mismo modo, me opongo rotundamente a la excepcionalidad existente a favor de aquella persona autora de un delito de violencia familiar pueda tener un régimen de comunicación con el menor, justificándose en que es lo mejor para el menor, pero personalmente me pregunto si realmente esa medida se hace en favor del menor, o si el traslado del menor a un centro penitenciario con la finalidad de cumplir con el régimen de comunicación es lo más beneficioso para el menor, o que continúe viendo al autor de unos hechos delictivos contra su madre.

¹⁷⁶ Vid. Apartado VII. *El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia*, p. 65.

Afortunadamente, este Anteproyecto de Ley no es definitivo, sino un mero borrador, pudiendo ser reformado todavía, por lo que confío, al igual que la gran mayoría de los conocedores de este problema, en que el legislador rectifique.

VIII. CONCLUSIONES.

Primera: La guarda y custodia compartida es un régimen que se establece por acuerdo de los padres o, en su defecto, por el Juez cuando lo estime oportuno. Es la forma más semejante a la relación existente entre los progenitores y los menores con anterioridad a la ruptura matrimonial.

Segundo: Este sistema aparece en nuestro ordenamiento jurídico como una alternativa a la custodia individual en la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica la redacción del art. 92 del CC. Si bien, hay que tener en cuenta que parte de dicho precepto ha sido declarada inconstitucional, ya que su excepcionalidad se ha considerado como una vulneración de diversos derechos recogidos en nuestra Constitución.

Tercero: La custodia compartida es un régimen que muestra muchos desafíos, debido a que es necesario que exista una coordinación y cooperación por parte de ambos progenitores con el fin de verlas por los menores, produciéndoles el menor perjuicio posible. Este entendimiento entre los padres abarca temas muy importantes como por ejemplo son los gastos del menor, ordinarios o extraordinarios, el colegio o el domicilio habitual.

Cuarto: Existen casos en los que va a ser imposible la imposición de este régimen debido a las circunstancias personales de los padres, es decir, en aquellos casos en los cuales uno de estos, o ambos, se encuentren inmersos en un proceso penal o exista una sentencia firme condenatoria como autores de un delito contra la vida la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o del menor.

Quinto: Al día de la fecha existe un Anteproyecto de Ley, que previsiblemente ya no será tramitado como tal dado lo avanzado de la legislatura, donde se pretende eliminar todo tipo de preferencias hacia uno u otro régimen (custodia individual/custodia compartida), siendo el propio Juez el que vaya a determinar cuál es el más beneficioso para velar por los intereses del menor. Por otro lado, se va a posibilitar que aquellos

padres que hasta hoy no podían ser titulares de la guarda y custodia de sus hijos por los delitos mencionados, puedan serlo, siempre y cuando sea en interés del menor.

Sexto: A pesar de ser un sistema bastante más complejo que el individual, en mi opinión, la guarda y custodia compartida va a resultar un régimen más beneficioso para todas las partes afectadas, ya que el menor tendrá una vinculación y relación con sus dos padres lo más similar parecida a la que venía disfrutando, generalmente, los progenitores gozarán de libertad para desarrollar su vida privada, tanto en el ámbito laboral como de ocio.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “La determinación en la guarda y custodia compartida de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convencional de sus progenitores”, *Actualidad Civil* Nº 15, 2007.

CUENCIA ALCAINE, B.: “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictámenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/>.

HERRERA DE LAS HERAS, R.: “Sobre la necesidad de una nueva regulación sobre la guarda y custodia compartida”, *Actualidad Civil*, nº10.

IÑÍGUEZ DEL VAL, S.: “Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2013. De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución.”. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 94, 2014.

J. ÁLVAREZ, R.: Los enigmas de la Ley de custodia compartida. *El Mundo*, Madrid, 11 de febrero de 2015.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Manual de Derecho Civil*, 3ª Edición. Bercal, Madrid, 2013.

MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”. *Diario La Ley*, 2012.

PÉREZ CONEZA, C.: “Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº. 7, 2013.

PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida*. Bosch, Barcelona, 2009.

QUICIOS MOLINA, S.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, 3ª Edición, Bercal, Madrid, 2013.

RUIZ-RICO RUIZ, C.: Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional en las relaciones familiares. D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.): *Estudios en Derecho Civil en homenaje al profesor José González García*, 2012.

TORCADA MIRANDA, F. J.: *La nueva regulación del Derecho de Familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, 1ª Edición, Dykinson, 2011.

VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret*, N. 3, julio de 2012.