



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2020/2021**

**LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA**
(Guardianship and joint custody)

GRADO EN DERECHO

AUTOR/A: D^a BÁRBARA GONZÁLEZ MIRANTES

TUTOR/A: D. JESÚS MIGUEL LOBATO GÓMEZ

ÍNDICE.

Anexo de abreviaturas.	4
Resumen.	5
Abstract.....	5
Objeto del trabajo.	6
Metodología.....	7
I. MARCO TEÓRICO INTRODUCTORIO.....	8
1. La protección jurídico civil de los menores.....	8
A) La protección de los menores en la Constitución y su fundamento.....	8
B) Figuras jurídico-civiles de protección de menores.	8
1. Patria potestad.	9
A) Concepto y caracteres.	9
B) Contenido y evolución.	10
C) Titularidad y ejercicio:.....	12
Diferencia entre titularidad y ejercicio.	14
1. La guarda y custodia.....	14
A) Relación con la patria potestad.	14
A) Concepto de guarda y custodia.	15
B) Tipos de guarda y custodia:	16
I. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	18
1. Concepto.	18
2. Principios de la guarda y custodia compartida.	19
A) Interés superior del menor.....	19
B) Principio de igualdad entre los cónyuges.....	22
C) Principio de corresponsabilidad parental.	23
A) Principio de coparentalidad.....	24
3. Evolución	25
A) La custodia compartida antes de la Ley 15/2005.....	25
B) La custodia compartida después de la Ley 15/2005.....	27
1. Formas de adopción y exclusión de la custodia compartida.	29
A) Custodia compartida consensuada.	29
B) Custodia compartida contenciosa.	31
B) Supuestos de exclusión de la guarda y custodia compartida.	33
1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterios de adopción de la custodia compartida.	37

A) Superación de la excepcionalidad e interés superior del menor.	37
B) Criterios de atribución de la custodia compartida.....	39
I. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	46
1. Pensión de alimentos.	46
2. Vivienda.....	47
A) Factores para su adjudicación.	47
B) Atribución de la vivienda familiar.	48
I. CONCLUSIONES.	49
BIBLOGRAFÍA	51
WEBGRAFÍA:	53
JURISPRUDENCIA CITADA:	54

Anexo de abreviaturas.

Art: artículo.

CC: Código Civil.

CE: Constitución española.

Cfr: Cónfer (compárese con).

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

Ed: Edición.

Id: Ídem (el mismo o lo mismo).

Núm: Número

Ob. Cit: Obra citada.

Op. Cit: Opere citato (en la obra citada).

P: Página

Pp: Páginas.

Rec: Recurso.

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

Vol: Volumen

Resumen.

En el presente trabajo se lleva a cabo un análisis exhaustivo sobre la figura de la guarda y custodia compartida en el derecho civil común. Para ello, se procede a estudiar sucintamente la patria potestad por ser básica para su comprensión. Posteriormente, se pasa a analizar su avance, tanto legislativo como jurisprudencial, haciendo hincapié en la notable reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005 y en la doctrina del Tribunal Supremo que da solución a la problemática derivada de los vacíos legales en esta materia. Por último, se tratan dos cuestiones fundamentales, vivienda y alimentos, debido a la gran trascendencia patrimonial de las mismas, tanto en la vida de los progenitores como en la de los menores.

Palabras clave: patria potestad, guarda y custodia compartida, crisis familiar, interés superior del menor, corresponsabilidad parental.

Abstract.

In this work, it is carried out a deep analysis on the concept of joint custody and custody in civil law. In order to do it, we need study a little about the parental authority because is basic for its understanding. After that, we analyze its evolution, both legislative and jurisprudential, emphasizing the reform carried out by Law 15/2005 together with the doctrine of the Supreme Court that solves the problems derived from the legal gaps in this matter. Finally, two fundamental issues are studied, housing and food, due to their great heritage importance both in the lives of parents and in that of minors.

Keywords: parental authority, guardianship and joint custody, family crisis, interests of the minor, parental coresponsibility.

Objeto del trabajo.

Tras una crisis familiar hay que decidir a quién se le atribuye el cuidado directo de los hijos. En nuestro derecho, esta decisión se confía a los progenitores, pero no son pocos los casos en los que estos no se ponen de acuerdo, o en los que su acuerdo no es lo más conveniente para el bienestar de sus hijos y es en estas situaciones en las que los tribunales deben decidir sobre la modalidad de guarda y custodia más adecuada para el interés superior del menor.

Esta cuestión ha sido objeto de debates y de discusiones a lo largo de los años por ser uno de los asuntos que reviste mayor importancia dentro del derecho de familia y la principal decisión que se debe tomar tras la ruptura familiar, siendo indudable el gran impacto que genera en las personas y especialmente en los menores necesitados de una especial protección y a los que esta medida va a marcar la época más importante de la vida, la infancia, con todas las repercusiones que ello conlleva.

No obstante, se ha avanzado notablemente sobre esta materia desde la introducción del divorcio mediante la Ley de 1981, momento en el que nuestra sociedad se encontraba anclada en un modelo de familia tradicional y ni siquiera se contemplaba el sistema de guarda y custodia compartida, hasta ahora, que gracias a los cambios de roles, a la asunción de los principios de igualdad, corresponsabilidad y coparentalidad y a las reivindicaciones llevadas a cabo por las asociaciones de padres divorciados el legislador introdujo esta medida con la Ley 15/2005, la cual, se encuentra actualmente normalizada gracias a la jurisprudencia.

Y precisamente, sobre estas cuestiones versa mi trabajo, pretendiendo conseguir una idea completa de la guarda y custodia compartida mediante la investigación de dicha evolución, de los principios que la sustentan, de su forma de adopción y exclusión y de la situación actual en la praxis judicial haciendo especial referencia a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, para poder así dilucidar sobre la idoneidad de su adopción para el interés superior del menor.

Metodología.

Para la redacción del presente trabajo he seguido el método de investigación basado en la revisión bibliográfica.

En un primer momento, procedí a estudiar la legislación correspondiente al tema que nos ocupa, la cual, se ciñe principalmente a la lectura del Código Civil y a diversas obras dedicadas a su comentario.

Después, con una idea más o menos formada sobre la materia, profundicé en ella mediante la observación de distintas fuentes doctrinales obtenidas de obras tales como monografías, libros, artículos de revistas, sitios web... etc.

A continuación, me adentré en el interesante mundo de la jurisprudencia al ser de una elevada trascendencia en esta cuestión por la falta de regulación legal suficiente.

Al haber realizado en este trabajo un análisis de la evolución de la guarda y custodia compartida, la información seleccionada data de tiempos dispares, desde los años noventa hasta la actualidad, tratando de tener un enfoque de todas las épocas.

Con todo esto, procedí a ordenar la información, seleccionando lo que a mi modo de ver es lo más importante ya que al tratarse de una vasta área del derecho no puedo abarcarla completamente en un TFG, así, lo dividí en bloques y apartados.

Por último, trasladé a las siguientes páginas todo el conocimiento adquirido gracias a los meritados juristas expertos en la materia.

I. MARCO TEÓRICO INTRODUCTORIO.

1. La protección jurídico civil de los menores.

A) La protección de los menores en la Constitución y su fundamento.

La base constitucional de la protección jurídica de los menores se encuentra en los artículos 39 y 49 CE, de los cuales se deriva el principio de protección de menores e incapaces¹.

El primer artículo referido plasma el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, y el de los progenitores de prestarles asistencia de todo orden, durante su minoría de edad y en el resto de los casos que legalmente proceda, también, menciona la protección de la que gozan los niños en base a los acuerdos internacionales.

Según el segundo, los poderes públicos están encargados de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de sus derechos.

La necesidad de esta protección radica en su falta de capacidad de obrar, debiendo ser esta completada o reemplazada.²

B) Figuras jurídico-civiles de protección de menores.

Los menores están sometidos a distintas instituciones en función de sus circunstancias personales, previendo la ley una diferente en base a cada una de ellas.

La protección se lleva a cabo mediante la patria potestad, la tutela, la curatela y el defensor judicial. Además, en nuestro ordenamiento se recoge la institución de la tutela real y de la guarda administrativa que permiten una actuación más rápida.³

Mediante estas instituciones se abarcan todas las situaciones de los menores, es decir, que tengan o no padres, que los mismos hayan sido privados de su función y el supuesto de

¹ Entre la situación de protección de los incapaces y de los menores existe casi una equiparación por tener ambas su fundamento en la misma causa, lo cual se hace patente con las reformas de 1981 y 1983 que introducen la figura de la patria potestad prorrogada/rehabilitada que permite alargar la misma más allá de la minoría de edad en los supuestos de incapacidad, y la de curatela mediante la se complementa la capacidad del menor emancipado o del mayor incapaz. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. ‘‘La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)’’, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, vol. 45, nº 4. Pp. 1409-1410.

² LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia*. 4ª Ed. Madrid: Dykinson, 2010. P. 415.

³ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia*. Ob. Cit. Pp. 419.

que el menor se haya emancipado y también el caso de que se produzcan desviaciones interesadas por parte del guardador. Lo que se pretende evitar es el desamparo institucional, es decir, la posible existencia de que un menor no esté sometido a ninguna institución de la guarda legal.⁴

1. Patria potestad.

De las instituciones de protección a las que he aludido en el anterior apartado voy a analizar la figura de la patria potestad por ser la base del régimen de guarda y custodia, objeto del presente trabajo.

Una vez queda determinada la filiación, se constituye entre sus miembros una relación jurídica denominada relación paterno filial. Las relaciones paterno filiales se encuentran reguladas en el Título VI del Libro I del Código Civil y entre ellas se encuentra la patria potestad, considerada la institución básica de las mismas.⁵

A) Concepto y caracteres.

Nuestro Código Civil determina en su artículo 154 quiénes son los titulares de la patria potestad y quiénes están sometidos a ella, mencionando que los hijos e hijas no emancipados se encuentran bajo la patria potestad de los progenitores, sin embargo, no da una definición de esta figura.⁶

La doctrina la define como *“el conjunto de deberes que tienen los padres con respecto a los hijos unidos a una serie de derechos que se les atribuye para cumplir dichas obligaciones”*. Ello incluye todos los deberes relativos a su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de los bienes.⁷

El Tribunal Supremo la define como *“El conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos.”*⁸

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. ‘‘La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)’’. Op. Cit. Pp. 1473.

⁵ DIEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio *“Sistema de derecho civil: Derecho de familia”*. 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2012. P. 264.

⁶ La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modifica dicho precepto a través de su artículo 2, el cual añade el inciso “hijas” entre otras cuestiones.

⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La guarda y custodia*. 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Págs. 26-27.

⁸ STS, Sala 1 nº 630/1994 de 25 de junio de 1994 (Rec. 2559/1991)

Esta institución se caracteriza por ser de orden público, intransmisible (debido a que las relaciones paterno filiales se encuentran fuera del comercio de los hombres) irrenunciable (debido a que viene impuesta con carácter imperativo) e imprescriptible (lo cual no obsta para que su ejercicio negligente de lugar a su extinción).⁹

B) Contenido y evolución.

Los derechos y obligaciones que derivan de esta institución se encuentran recogidos también en el artículo 154 CC, el cual junto a la distribución metódica del Título VII del mismo cuerpo legal parten de la distinción entre el ámbito personal y el patrimonial, cuestión muy difícil de distinguir en la práctica ya que ambas esferas se superponen.¹⁰

Este artículo se refiere a la patria potestad como responsabilidad parental y establece que la misma comprende las funciones de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y, por otro lado, la de representarlos y administrar sus bienes.

Además, actualmente se añade a este contenido la facultad de decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o en su defecto por autorización judicial, debido a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que entró en vigor el pasado 25/06/2021.

Precisamente, en su exposición de motivos se dispone que *“se modifica el artículo 154 del Código Civil, a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas”*

⁹ ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. En Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. *Manual de Derecho civil: Derecho de familia.* 5ª Ed. Madrid: BERCAL, S.A 2018. P. 252.

¹⁰ DIEZ GARCÍA, Helena. Título VII. De las relaciones paterno-filiares. Capítulo I. Disposiciones Generales. En: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. *Comentarios al Código Civil.* Tomo II. 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, P. 1570.

También establece el artículo que la patria potestad se ejerce siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y respetando su integridad física y mental y asimismo que el hijo deberá ser siempre oído en el caso de tener suficiente juicio.¹¹

La reforma mencionada en este aspecto añade que “*En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario*”

Este derecho de los menores a ser oídos no tiene porqué ser vinculante para los padres ni tampoco para el Tribunal, sino que implica que se le deberá escuchar, atender a su madurez psicológica y emocional y a las razones que invoca para apoyar su decisión, con el objetivo de evaluar su consistencia y racionalidad de tal manera que se puedan evitar influencias de los progenitores o de terceros.¹²

Pero esto no siempre fue así, este “*interés en favor del menor*” deriva a juicio del Tribunal Supremo de la exigencia constitucional del artículo 39.3 CE, el cual no vino sino a recoger la protección del menor con cargo a su familia, que consagró el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York 19 de diciembre de 1966) y que hoy reconoce también el artículo 6 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.¹³

En contraposición con la situación actual en la que se considera una función social/tutelar y no un derecho subjetivo, en la época del derecho romano esta institución confería un poder absoluto y arbitrario.¹⁴

El TS hace patente esta idea aludiendo al carácter de función tutelar y de derecho deber en favor de los hijos que tiene en la actualidad la patria potestad.¹⁵

Se pasa así de la patria potestad entendida como *potestas* a la entendida como *officium*, idea que viene destacada por la STS 20 de febrero de 2012, cuando señala que “*la potestad*

¹¹ DIEZ GARCÍA, Helena. Título VII. De las relaciones paterno-filiares. Capítulo I. Disposiciones Generales. Ob. Cit. P. 1556.

¹² GUZMAN PEREZ, Cristina. La patria potestad y la custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio, según la legislación y jurisprudencia española: Notas desde el derecho canónico. *Estudios eclesiásticos*. 2011, Vol.86, núm. 339. Pp.773-774.

¹³ DIEZ GARCÍA, Helena. Título VII. De las relaciones paterno-filiares. Capítulo I. Disposiciones Generales. Op. cit. Pp. 1558.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio “Sistema de derecho civil: Derecho de familia”. Op. cit. Pp. 265

¹⁵ STS, Sala 1, nº 720/2002 de 9 de julio de 2002 (Rec. 482/1997)

constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor”¹⁶

C) Titularidad y ejercicio:

Titularidad.

Desde la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y como consecuencia inevitable de la CE, nuestro sistema acoge el principio de patria potestad conjunta, pasando de ser titular solo el padre a ser compartida entre ambos.¹⁷

En un primer momento con la reforma de la Ley de 1981 el artículo 154 CC versaba de la siguiente forma: “*Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre [...]*” dicha redacción fue objeto de dos modificaciones cambiando los términos “*padre y madre*” en primer lugar por el de “*progenitores*” por la Ley 13/2005 y en segundo lugar por el de “*padres*” a raíz de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional.¹⁸

Este carácter compartido requiere una filiación determinada, pero es independiente de que exista un vínculo matrimonial o no entre los progenitores, de tal forma, que la titularidad dual referida tiene lugar tanto en situaciones de convivencia como de separación.¹⁹

Aunque la regla general es, como ya se ha dicho, la titularidad conjunta, es posible ostentar la titularidad de forma individual cuando la filiación se encuentra determinada legalmente respecto de uno de los progenitores o si hay un único adoptante, si determinada la filiación en favor de ambos uno de ellos ha sido excluido de la patria potestad por las causas señaladas en el art. 111 CC, en el caso de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores y por último, cuando uno de los progenitores ha sido privado de la patria potestad.²⁰

¹⁶ MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. Las Relaciones paterno-filiares: la patria potestad. En: José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE. *Derecho civil IV: derecho de familia*. 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch 2020. Págs. 318.

¹⁷ ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de familia*. 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2013. Pp. 216.

¹⁸ SERRANO FERNÁNDEZ, María. La patria potestad y las instituciones tutelares. En: Eugenio PIZARRO MORENO y Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ. *Derecho de Familia*, 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 202.

¹⁹ GARCIA PRESAS, Inmaculada. *La patria de potestad*. 1ª ed. Madrid: Dykinson S.L. 2013. Pág. 53.

²⁰ SERRANO FERNÁNDEZ, María. La patria potestad y las instituciones tutelares. En: Eugenio PIZARRO MORENO y Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ. *Derecho de Familia*. Op. Cit. P. 203.

Ejercicio.

Del ejercicio de la patria potestad se encarga el artículo 156 CC, en su primer apartado versa de la siguiente manera: *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad [...]”*

Esta situación se califica por la doctrina como función dual. De este artículo se desprende que no es necesaria la presencia física y constante de ambos progenitores, sino que vale el consentimiento expreso, tácito y presunto del que no esté presente.²¹

En el supuesto de desacuerdo, el párrafo segundo establece lo siguiente, *“En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre”*

Sobre esto, hay que matizar que el juez no decide por sí mismo la cuestión, estableciendo sobre ello la doctrina de la DGRN que *“El juez ha de limitarse a atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre, sin que pueda adoptar una solución distinta a la propuesta por uno u otro de los padres”*²²

El tercer párrafo se refiere al supuesto de desacuerdos reiterados y establece: *“Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”*

Pese a su literalidad, no se está aludiendo a la patria potestad, sino al ejercicio, ya que no se refiere a ninguna de las causas de privación contempladas en el artículo 170 CC.²³

En los supuestos de defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de alguno de los padres, el cuarto apartado del mencionado artículo dispone que la patria potestad será ejercida por el otro.

El último apartado se hace referencia al supuesto de que los padres vivan separados, plasmando la siguiente regla: *“Si los padres viven separados la patria, potestad se*

²¹ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de familia*. Op. Cit. P. 217.

²² ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de familia*. Id.

²³ DIEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio “Sistema de derecho civil: Derecho de familia”. Op. cit. P. 268.

ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”

Por último, el tercer apartado establece una norma de protección para los terceros de buena fe, así se presume que los actos y contratos llevados a cabo por uno solo de los padres tienen el consentimiento de ambos.²⁴

Diferencia entre titularidad y ejercicio.

Con la Ley de 1981 ya mencionada se introduce la diferencia entre titularidad y ejercicio. A raíz de ello, la doctrina ha formulado diversas interpretaciones. De todas ellas la más destacable es la que considera que la titularidad atribuye las facultades y deberes a los que se refiere el artículo 154 CC y que el ejercicio es la puesta en práctica de estos (sin la que esta figura carecería de sentido).²⁵

En conclusión, de todo lo explicado se puede extraer que el ejercicio siempre implica la existencia de titularidad, de forma que la privación de la titularidad conlleva la privación del ejercicio sin que a la inversa se pueda afirmar lo contrario.²⁶

1. La guarda y custodia.

A) Relación con la patria potestad.

La función de guarda y custodia se encuentra integrada dentro de la figura de la patria potestad, y la misma atribuye al progenitor que convive con el hijo las funciones de cuidado y educación que necesitan contacto directo y diario para ser cubiertas, por el contrario, todas las funciones que no tengan las mismas exigencias exceden de este ámbito y pertenecen al ejercicio de la patria potestad.²⁷

En situación de convivencia normal.

La guardia y custodia en este supuesto se encuentra dentro de la patria potestad, por ello solo se aprecia la estructura superior y no tiene sentido plantearse su individualización.

²⁴ ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de familia*. Op. Cit. P. 218.

²⁵ GARCIA PRESAS, Inmaculada. *La patria de potestad*. Op. Cit. Pp. 61-64.

²⁶ GARCIA PRESAS, Inmaculada. *La patria de potestad*. Id.

²⁷ GARCIA PRESAS, Inmaculada. *La patria de potestad*. Op. Cit. Pp. 120-124

Lo que no quiere decir que no exista, perteneciendo a ambos progenitores (con independencia de la existencia o no de matrimonio) al igual que la patria potestad.²⁸

En situaciones diversas a la convivencia normal de los progenitores.

En las situaciones diversas a la convivencia normal de los progenitores la guarda y custodia se desgaja de la patria potestad y cobra sentido su individualización. Las situaciones referidas son las siguientes:²⁹

- a. En caso de convivencia no normal de los progenitores a pesar de que vivan juntos.
- b. En los supuestos que se dan las excepciones al ejercicio conjunto de la patria potestad ya mencionados (cuando existen desacuerdos reiterados o cuando un cónyuge se encuentra incapacitado o imposibilitado transitoriamente para ejercer la guarda y custodia, en los procesos de nulidad separación y divorcio)
- c. En el supuesto de separación de hecho.
- d. La cuarta situación se da cuando los progenitores no han convivido jamás.

A) Concepto de guarda y custodia.

En primer lugar, hay que mencionar que el CC no regula de forma sistemática esta figura, sino que básicamente hace alusión a ella en su artículo 92 que se encuentra en el Capítulo IX, Título IV del Libro I, dentro de los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio.

El derecho sustantivo no se ha encargado de la definición de guarda y custodia, siendo el Tribunal Supremo el que la conceptualiza como “*la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía*”, estableciendo como ya se ha explicado que forma parte de la patria potestad.³⁰

Por otra parte, RÁGEL SÁNCHEZ la define como “*la situación de convivencia mantenida entre un menor incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquel por parte de éste o estos*”³¹

²⁸ RÁGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos” en Revista de Derecho Privado y Constitución, 2001, n.15. enero-diciembre, Pp. 284-285.

²⁹ RÁGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos” Ob. Cit. P. 286.

³⁰ PINTO ANDRADADE, Cristóbal. La custodia compartida en la práctica judicial española. Los criterios y factores para su atribución. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*. 2015, vol. 8 nº 9. P. 146.

³¹ RÁGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos” Op. Cit. pp. 289.

B) Tipos de guardia y custodia:

Guarda y custodia exclusiva o monoparental

El Código Civil no define esta figura, sin embargo se puede encontrar una definición de la misma en la Ley Valenciana 5/2011 de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven (actualmente anulada por el TC) que se encuentra en su artículo 3.b que versa de la siguiente forma “[...]la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.³²

En definitiva, esta modalidad de la guarda exclusiva atribuye a uno de los progenitores la convivencia y las tareas inherentes a esta figura, teniendo el otro el derecho de visitas, salvo que por causa grave sea apartado de ellas (sin perjuicio de que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponda a ambos).³³

Guarda y custodia compartida.

Esta modalidad, que es el objeto del presente trabajo, será tratada en profundidad más adelante.

El artículo 92 CC no la define como tal y utiliza terminología diversa para referirse a ella (guarda y custodia conjunta o compartida), sin embargo sería más correcto usar otra expresión para referirse a esta modalidad, como por ejemplo, guarda y custodia “sucesiva” o “alternativa” (así ha sido defendido por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia)³⁴ ya que en realidad consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos.³⁵

El rasgo que distingue este tipo de modalidad es que tanto el padre como la madre preservan la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño igual que si no hubiera habido crisis familiar.³⁶

³² MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y Custodia*. Op. Cit. Pp. 48-49.

³³ TAPIA PARREÑO, José Jaime. *Custodia compartida y protección de menores*. Op. Cit. P. 139.

³⁴ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guardia y Custodia*. Op. Cit. Pp. 48

³⁵ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio. En Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. “*Manual de Derecho civil: Derecho de familia*.” 5ª Ed. Madrid: BERCAL, S.A 2018. P. 115.

³⁶ CATALÁN FRÍAS, María José, La custodia compartida. *Revista Derecho y Criminología*, 2011, nº 1. Pp. 66.

Guarda y custodia distributiva.

Este tipo de guarda y custodia es excepcional ya que consiste en separar a los hermanos en contra de lo dispuesto por el propio CC, por eso, si se opta por esta opción debe ser por motivos muy justificados, en interés de todos los hermanos y garantizando una continua relación tanto paterno filial como fraternal.³⁷

Un ejemplo de este tipo de modalidad se encuentra en la STS 530/2015 de 25 septiembre, en la que se plasma que se preserva el interés superior del menor aunque se separe a los hermanos si se cumple con el régimen de visitas establecido y se posibilita el continuo contacto entre ellos, ya que es la única manera de que exista un desarrollo integral, puesto que la convivencia de todos con un progenitor es imposible y que el interés del menor es *“la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño”*³⁸

Guarda y custodia ejercida por un tercero.

Esta modalidad se encuentra recogida en el artículo 103.2 CC que versa de la siguiente forma *“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”*

En este supuesto no se puede hablar estrictamente de la figura de guarda y custodia, debido a que al ser esta parte integrante de la patria potestad solo podría ser ostentada por los progenitores (ya que no puede ser transmitida), siendo incongruente utilizar dicha expresión para referirse a los supuestos en los que la guarda se atribuye a un tercero que no posee ni la titularidad ni el ejercicio de esta.³⁹

Esta distinción es importante, ya que hay determinadas notas características de la guarda y custodia que no corresponden a esta modalidad, hay que tener cuenta que, aunque se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor, este no

³⁷ IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Pp. 79.

³⁸ IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. Id.

³⁹ MARTINEZ CALVO, Javier. *La Guarda y Custodia*. Op. Cit. Pp. 72.

tiene la obligación de vivir en su compañía, por lo que su guarda no puede ser semejante a la de los progenitores.⁴⁰

Esta modalidad de guarda y custodia solo puede atribuirse en caso excepcional, cuando sea necesario para el interés superior del niño, por ejemplo, en el caso de maltrato o descuido de los padres.⁴¹

I. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

1. Concepto.

Este concepto no viene plasmado en el Código Civil (como ya se ha dicho), así, en el derecho sustantivo solo podemos encontrar esta definición en la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, concretamente en su artículo 3.a que versa de la siguiente forma “*Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial*”⁴²

Lathrop Gómez entiende por custodia compartida, alternada o sucesiva “*aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados*”⁴³

⁴⁰ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos” Op. Cit. Pp. 281-329.

⁴¹ LERÍA SÁNCHEZ, Reyes y VÁZQUER-PASTOR JIMÉNEZ, Efectos comunes a todos los supuestos de crisis matrimonial Las medidas provisionales y definitivas Breve referencia a la mediación familiar En: Eugenio PIZARRO MORENO y Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ. *Derecho de Familia*, 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 91-92.

⁴² Aunque dicha ley como ya se ha mencionado fue declarada inconstitucional por el TC basándose en que la comunidad valenciana carece de competencias para regular dicha materia. Cfr: STC, 192/2016 de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 3859-2011)

⁴³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*. 1ª Ed. Madrid: La Ley, 2008. P.286.

Esta modalidad es definida por la doctrina como *“Aquel modelo en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores”*.⁴⁴

Por otro lado, la Audiencia Provincial de Barcelona la define como *“una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”*⁴⁵

Hay que matizar que el reparto de tiempo de convivencia del menor con los progenitores no tiene porqué ser equitativo, sino que su distribución se lleva a cabo de la manera que más favorezca la implicación de ambos en la vida del hijo, buscando un reparto equilibrado conforme a las circunstancias de cada familia.⁴⁶

2. Principios de la guarda y custodia compartida.

A) Interés superior del menor.

Este principio denominado también *“favor filii”* o *“favor minoris”* es el principal criterio rector a tener en cuenta en materia de derecho de familia y concretamente a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia. Pero no solo se trata de un principio inspirador de la rama mencionada, sino que por su importancia lo es también de todas aquellas que tengan algún tipo de relación con menores.

Así, nuestro Tribunal Constitucional ha determinado que este principio constituye *“un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”* y *“un criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia”*⁴⁷

También ha manifestado que *“el criterio que debe presidir la decisión judicial a la vista de las circunstancias concretas en cada caso debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores”* y que *“cuando el*

⁴⁴ PINTO ANDRADADE, Cristóbal. La custodia compartida en la práctica judicial española. Los criterios y factores para su atribución. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*. Op. Cit. P. 148.

⁴⁵ SAP, Sección 12 nº 26/2007 de 12 de enero de 2007 (Rec. 36/2006)

⁴⁶ PINTO ANDRADADE, Cristóbal. La custodia compartida en la práctica judicial española. Los criterios y factores para su atribución. Op. Cit. Pp. 149.

⁴⁷ STC, Sección 1ª, nº141/2000, de 29 Mayo, 2000, (Rec. 4233/1996)

ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente”⁴⁸

El Tribunal Supremo, se ha pronunciado y ha desarrollado jurisprudencia en favor del interés superior del menor como criterio principal a tener en cuenta a la hora de fijar el régimen de custodia compartida y en el derecho de familia (cuestión desarrollada más adelante)

Este principio se encuentra plasmado en una gran cantidad de textos, tanto internacionales como europeos, nacionales y autonómicos, concretamente parte de un texto fundamental que es la Convención de los derechos del niño de 1989, el cual lo regula en su artículo 3 estableciéndolo como criterio rector de todas las medidas tomadas tanto por instituciones públicas como privadas relativas a los menores de edad.⁴⁹

Dentro de nuestro ordenamiento, este principio se encuentra presente en un amplio número de normas, el mismo comienza a regularse a partir de la CE, de esta se puede destacar su artículo 39 (ya mencionado anteriormente) y sus artículos 10.1 y 72.2, el primero referido a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y el segundo a la educación como meta de dicho desarrollo.⁵⁰

En lo que atañe concretamente a la custodia compartida fue con la LO de 7 de julio de 1981 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, por la que se introduce por primera vez este criterio como rector para la toma de la decisión de la guarda y custodia, interés que se concluye más taxativamente tras la LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor.⁵¹

Tras esto, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, ha dotado de contenido al concepto de interés superior del menor modificando el artículo 2 LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, para incorporar, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años

⁴⁸ STC, Sección 1ª, nº185/2012, de 17 Octubre, 2012, (Rec. 8912/2006)

⁴⁹ ORTEGA GUERRERO, Irene. El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la UE. *Psicopatología clínica, legal y forense*. Vol. 2, nº 3, 2002. Pp. 88.

⁵⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El Interés del menor*. 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2004. Pp. 35-41.

⁵¹ TAPIA PARREÑO, José Jaime. *Custodia compartida y protección de menores*. 1ª Ed. Madrid: Centro de Documentación Judicial, 2010. P. 82.

como los criterios de la observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de los Derechos del Niño, tal como establece en su Exposición de Motivos.

En su artículo 2, la misma preceptúa que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

El interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, los cuales se caracterizan porque deben ser perfilados en el momento de aplicarlos según los criterios de la experiencia común ya que la ley no los delimita con exactitud. Mediante ellos se hace referencia a realidades que engloban un gran número de hipotéticos casos, no pudiendo la norma precisar a priori el modo de proceder de cada uno de ellos. Otorgando simplemente una regla de interpretación.⁵²

Pese a tratarse de un concepto jurídico indeterminado si se han dado ciertas aproximaciones:

A este respecto, ALONSO PEREZ, nos dice que *“el citado interés superior del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural”*⁵³

Asimismo, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia en su Exposición de Motivos ha desarrollado dicha noción, estableciendo que *“Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último*

⁵² ORTEGA GUERRERO, Irene. El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar. Op. Cit. P. 89.

⁵³ DOMINGUEZ OLIVEROS, Inmaculada. *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?* 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Pp. 400.

lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral” además también preceptúa que “A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”.

B) Principio de igualdad entre los cónyuges.

Este principio se encuentra recogido al igual que el anterior en una gran cantidad de textos legales, a nivel internacional cabe destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer de 18 de diciembre de 1979, la cual en su artículo 2.a dispone que los estados parte se comprometen a *“Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de igualdad del hombre y la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio”*. Por otro lado, en su artículo 16.d establece que los estados miembros asegurarán que existan entre hombres y mujeres *“Los mismos derechos y responsabilidades respecto de custodia de los hijos”*

A nivel nacional, hay que partir del artículo 14 CE, el cual eleva a fundamental este principio y versa de la siguiente manera *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

La Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio también tiene una gran importancia para este principio, estableciendo lo siguiente al respecto en su exposición de motivos *“Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.”*

Finalmente, hay que señalar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que establece en su artículo 3 que *“el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación directa o*

indirecta, por razón de sexo, y, especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”

Con este principio se deja claro que no puede existir preferencia entre uno y otro progenitor por su género, teniendo ambos los mismos derechos y obligaciones con respecto a los hijos. Este principio, trae consecuencias positivas en la protección del interés superior del menor en términos generales, beneficiando al desarrollo del menor que ambos se involucren en las tareas, atención y cuidado de los hijos. Eso sí, hay que puntualizar, que al igual que todos cede ante el “*favor filii*”.⁵⁴

C) Principio de corresponsabilidad parental.

Este principio se encuentra muy relacionado con el anteriormente mencionado y en todo caso se encuentra supeditado al interés superior del menor.

Lo elemental de este principio es que atribuye a los progenitores igualdad de derechos y un reparto equitativo de los deberes con respecto a los hijos menores. Lo cual implica una colaboración de ambos, no solo en las decisiones relativas a las principales materias implícitas dentro de la figura de la patria potestad, sino también en las cotidianas englobadas en la guarda y custodia.⁵⁵

En base a esto, es precisamente la custodia compartida la figura que alcanza este principio de la manera más acorde a todos los intereses familiares tras la ruptura de los progenitores, puesto que lo que se desprende del mismo es la preferencia de la convivencia de ambos con el menor, siendo la mejor solución, aunque se trate de una convivencia alterna⁵⁶

Sin embargo, hay que matizar, que este principio surge con el vínculo filial y no en los casos de ruptura de los progenitores, imperando también en los casos de normalidad entre ellos. Ahora bien, es en los casos de ruptura cuando este principio fundamenta la institución de la guarda y custodia compartida.⁵⁷

Este principio ha sido plasmado en un gran número de cuerpos legales tanto internacionales, como europeos, nacionales y autonómicos, uno de los primeros en reconocerlo fue la Convención Internacional de los derechos del niño.⁵⁸

⁵⁴ IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. Op. Cit Pp. 115

⁵⁵ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y Custodia*. Op. Cit. P. 56

⁵⁶ PINTO ANDRADADE, Cristóbal. *La custodia compartida en la práctica judicial española. Los criterios y factores para su atribución*. Op. Cit. P. 149.

⁵⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y Custodia*. Op. Cit. P. 62

⁵⁸ CASADO CASADO, Belén. *Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial*. Fecha de consulta: 26/05/2021. <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAA>

A nivel europeo, cabe destacar el Convenio Europeo para la Protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 22 de noviembre de 1984, el cual establece en su artículo 5 que “*Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución.*”⁵⁹

A nivel nacional, este principio se encuentra en el artículo 39.3 CE (ya mencionado anteriormente) y en el 92 CC que señala que “*la separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”

También lo menciona la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, que en su Exposición de Motivos prevé que “*los progenitores procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*”⁶⁰ (mediante esta ley se produce uno de los mayores avances en el derecho de familia y se regula por primera vez la institución de guarda y custodia compartida, aunque se viniera aplicando excepcionalmente de oficio por los tribunales)

Por último, la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres recoge de forma expresa dicho principio en su artículo 14.8 al establecer como criterio general de actuación de los Poderes Públicos “*el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia*”⁶¹

A) Principio de coparentalidad.

Este principio se configura en favor del menor y no de los padres y consiste en el derecho de este a ser educado por sus progenitores y a mantener relaciones con ambos, buscando que no se extinga el vínculo entre ellos.⁶²

Para poner en práctica este principio es necesario un cierto grado de cooperación entre los padres, así, la relación de coparentalidad puede ser definida como “*aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una*

iMzU2MTU7Wy1KLizPw8WyMDQwsDY2MDkEBmWqVLfnJIZUGqbUIRaSoAeuQL_jQAAAA=WK
E

⁵⁹ CASADO CASADO, Belén. *Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial.* Id.

⁶⁰ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y Custodia.* Op. Cit. Pp. 58.

⁶¹ MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y Custodia.* Op. Cit. 59

⁶² TAMAYO HAYA, Silvia. Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio. En: PÉREZ VALLEJO, Ana María. *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva.* 1ª Edición. Barcelona: Atelier, 2009, P. 112.

*relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando implicados afectivamente en las vidas de sus hijos”*⁶³

Este principio también se encuentra regulado a nivel internacional, europeo, nacional y autonómico.

A nivel internacional se encuentran referencias al mismo en el artículo 9.3 de la Convención de derechos del niño de 1989 el cual establece que *“Los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”*

En Europa encuentra su apoyo en la Carta Europea de Derechos del niño de 1992 que establece en su apartado 12 *“Todo niño tiene derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan. El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación.”* Y en su apartado 14 que *“En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres”*

A nivel nacional cabe mencionar la Ley 15/2005 por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio de 8 de julio, la cual establece en su Exposición de motivos que *“cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto o la mejor realización de su beneficio o interés».*

3. Evolución

A) La custodia compartida antes de la Ley 15/2005.

Con las sucesivas reformas llevadas a cabo a partir del La Ley del Matrimonio Civil de 1870, se han ido suprimiendo conceptos actualmente muy superados como la inocencia del cónyuge o la atribución automática de los menores de tres años a la madre.⁶⁴

Esta Ley, establecía que los hijos quedarían bajo la patria potestad y protección del cónyuge inocente y que en el caso de ambos fueran culpables quedarían bajo la autoridad de tutor o curador. También plasmaba la regla de que los menores de tres años se

⁶³ YÁRNOZ-YABEN, Sagrario. Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles. *Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud*. 2010. Nº 2. Pp. 296.

⁶⁴ TAPIA PARREÑO, José Jaime. *Custodia compartida y protección de menores*. Op. Cit. Pp. 81.

quedarían en todo caso al cuidado de la madre (salvo que se dispusiera lo contrario en sentencia). El Código Civil de 1889 en su artículo 73 mantenía esencialmente lo mismo.⁶⁵ La Ley de 24 de abril de 1958 da nueva redacción a este artículo y con ella se mantiene la protección del cónyuge inocente, pero se establece que cuando ambos cónyuges fuesen culpables el juez discrecionalmente podría proveerlos de tutor. Además, se recogía la posibilidad de que el juez aplicara su criterio discrecional en todo lo que no estuviera provisto. También plasmaba la regla de que los menores de siete años quedarían al cuidado de la madre.⁶⁶

Con la Constitución, se tuvo que adecuar el derecho de familia a lo impuesto por ella. Así, se debe señalar la reforma 30/1981 del 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, mediante la cual se introduce el interés superior del menor como criterio principal para la guarda y custodia, desterrando el criterio de buena fe y culpabilidad.⁶⁷

Con dicha regulación la guarda y custodia no estaba prohibida, pero no se incluía de forma explícita. En la práctica se podía pactar entre los cónyuges en base al artículo 92.2 que establecía que las medidas relativas al cuidado y educación de los hijos se adoptan en su beneficio. La introducción expresa de la posibilidad de implantar la custodia compartida no se dio hasta la reforma de la Ley 15/2005 del 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación nulidad o divorcio.⁶⁸

En este momento la postura unánime de las audiencias provinciales era la del rechazo de la custodia compartida ya que entendían que lo más conveniente era la atribución de la custodia exclusiva a uno de los progenitores junto con la vivienda familiar, adquiriendo el otro la condición de deudor de la pensión alimenticia y el derecho de visitas.⁶⁹

⁶⁵ TAPIA PARREÑO, José Jaime. *Custodia compartida y protección de menores*. Id.

⁶⁶ TAPIA PARREÑO, José Jaime. *Custodia compartida y protección de menores*. Ob. Cit. Pp.82

⁶⁷ AZNAR DOMINGO, Antonio y LORENZO ARMAS, Aleida. La Custodia Compartida: Análisis y valoración como método más favorable. Fecha de consulta: 31/05/2021. <https://elderecho.com/la-custodia-compartida-analisis-y-valoracion-como-metodo-mas-favorable>.

⁶⁸ DOMINGUEZ OLIVEROS, Inmaculada. *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?* Op. Cit. Pp. 57

⁶⁹ ALASCION CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio. Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del Código Civil. *Indret: revista para el análisis del derecho*. 2007, nº 3. P. 5.

Incluso, esta medida se llegó a calificar como “*incompatible con nuestro ordenamiento jurídico*” por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª del 18 de noviembre de 2004.⁷⁰

Los Tribunales para lograr una mayor participación del progenitor no custodio en la vida y educación del menor comenzaron a optar por una solución intermedia en la que se atribuía la guarda y custodia a uno de los progenitores y un amplio régimen de visitas al otro. Sin embargo, y aunque pudieran equivaler los tiempos no se encontraban presentes la característica de corresponsabilidad propias de la custodia compartida; un ejemplo de esto es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª del 12 marzo de 2004.⁷¹

En casos excepcionales había tribunales que se decantaban por esta modalidad.⁷²

B) La custodia compartida después de la Ley 15/2005.

Como ya se ha mencionado es la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio con la que se introduce una regulación específica de la guarda y custodia compartida.

En su propia Exposición de Motivos se establece que “*Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad*” y que “*Cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida.*”

La reforma a este respecto se llevó a cabo básicamente con la modificación del artículo 92 CC, mediante la cual se suprime su cuarto apartado, y se añade un quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno relativos a la custodia compartida.

Antes de la reforma, en su cuarto apartado se disponía que: “*Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los dos cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u a otro procurando no separar los hermanos*” mientras que con la reforma de 2005 se establece en su quinto apartado que: “*Se acordará el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos*

⁷⁰ ALASCION CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio. Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del Código Civil. Id.

⁷¹ ALASCION CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio. Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del Código Civil. Id.

⁷² TAPIA PARREÑO, José Jaime. Custodia compartida y protección de menores. Op. Cit. Pp. 219.

cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.”

Como ya se ha mencionado, recientemente la LO 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha reformado este artículo, dicha reforma tiene como finalidad según establece su Exposición de motivos *“reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia”*

Así, dicho apartado queda de la siguiente manera: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”*

Y la referencia a las cautelas se hacen en su nuevo apartado 10, el cual dispone que *“El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos”*. Dejando claro que este inciso se aplica a la guarda y custodia compartida consensual y a la contenciosa.

En este apartado se regula el sistema de guarda y custodia compartida consensual, por medio del acuerdo de los progenitores en el Convenio regulador o cuando estos alcancen dicho acuerdo en el transcurso de un procedimiento contencioso.

En el apartado octavo se regula el procedimiento contencioso, con su introducción en 2005, versaba de la siguiente forma *“Excepcionalmente aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez a instancia de una de las partes, con informe favorable del MF podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*

En 2012, el inciso *“favorable”* es declarado inconstitucional, siendo retirado de dicha redacción. Con la nueva reforma mencionada este apartado no es objeto de modificación.

Con el primer apartado parafraseado se plasma expresamente la posibilidad de pactar la custodia compartida (aunque ya se permitía) y con el segundo se incluye la novedad de que el juez la pueda imponer a solicitud de uno de sus progenitores.⁷³

Se intentó una nueva reforma en materia de familia con el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio. Este tenía como finalidad según señalaba en su Exposición de motivos “*Conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental*” mediante la introducción de un artículo 92bis. Pero nunca prosperó.⁷⁴

Para elaborarlo se utilizó la jurisprudencia establecida por el TS y la normativa de las CCAA. Si se compara la legislación vigente con lo establecido en el anteproyecto, lo más significativo es que en su articulado se configuraba la posibilidad de constituir la custodia compartida de oficio por el juez.⁷⁵

En principio, los Tribunales consideraron esta institución como excepcional, sin embargo, actualmente esta concepción ya ha sido superada como se explicará más adelante.

1. Formas de adopción y exclusión de la custodia compartida.

A) Custodia compartida consensuada.

La posibilidad de constituir una custodia compartida de común acuerdo por los progenitores se contempla como ya se mencionó en el apartado anterior en el artículo 92.5 CC (ya parafraseado).

Este apartado incluye dos supuestos; el primero, cuando existe acuerdo entre los progenitores desde el principio en compartir la guarda y custodia y lo aportan en el convenio regulador, y el segundo, cuando se llega a este acuerdo en un procedimiento que comienza siendo contencioso. A dicho acuerdo se puede llegar antes de la celebración de la vista, durante su celebración o incluso concluida.

En el primer caso se sigue el trámite que establece el artículo 777 LEC y en el segundo caso el establecido en el artículo 770.5 del mismo cuerpo legal.

⁷³ ALASCION CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio. Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del Código Civil. Pp. 15

⁷⁴ GÓMEZ MEGÍAS, Ana María. La doctrina del TS sobre la guarda y custodia compartida: Sentencias clave. Fecha de consulta: 7/06/2021 <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/>

⁷⁵ SÁEZ DELGADO, Jessica. Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio. En: CARRASCO PERALTA, Manuel. *Derecho de Familia: Nuevos retos y realidades*. 1ª ed. España: Dykinson. 2016. Pp. 106.

A pesar de que el artículo 92 utiliza la expresión “*se acordará*” hay que matizar que en materia de guarda y custodia no rige el principio dispositivo ni el de rogación, si no que el juez deberá valorar la idoneidad de la custodia compartida en cada caso.⁷⁶ Así, el mismo precepto hace referencia a que el juez debe fundamentar su resolución.

Dicha previsión normativa, tiene como finalidad la consecución del interés del menor, lo cual se puede lograr a través de las diligencias a las que se refiere el 92.6 CC⁷⁷, es decir, después de “*recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*”; también, según lo dispuesto en 92.9 CC podrá el juez, “*El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*”. Si después de llevar a cabo estas valoraciones, el juez considera que el régimen de guarda y custodia compartida no es el adecuado se abre el procedimiento contemplado en el artículo 777.7 LEC.⁷⁸

Este último punto, también ha sido modificado por la LO 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, no haciéndose con la regulación anterior referencia al “*fiscal*” a los “*miembros del equipo técnico*” ni al “*propio menor*”.

Además, en el apartado 10 de dicho precepto también indica que se optará por esta medida procurando no separar a los hermanos (cosa aplicable también en la modalidad contenciosa).

⁷⁶ DOMINGUEZ OLIVEROS, Inmaculada. ¿Custodia Compartida Preferente o Interés Superior del Menor? Op. Cit. Pp.

⁷⁷ Lo previsto tanto en este apartado como en el noveno es de aplicación también a los procesos contenciosos. Cfr. OLCINA ESPARZA, Carlos. La guarda y custodia compartida en el Código Civil español y en la ley autonómica valenciana. *Revista Boliviana de derecho*. 2014, nº17, P. 197.

⁷⁸ OLCINA ESPARZA, Carlos. La guarda y custodia compartida en el Código Civil español y en la ley autonómica valenciana. Id.

B) Custodia compartida contenciosa.

El artículo 92.8 CC permite que excepcionalmente, cuando no se den los supuestos del apartado 5 del mismo precepto, pueda el juez acordar la guarda y custodia compartida si se cumplen tres requisitos; el primero, que esta modalidad fuera solicitada por al menos uno de los dos progenitores, el segundo, que hubiera informe del Ministerio Fiscal y el último, que fuera la única forma de proteger el interés del menor.

- A instancia de uno de los progenitores.

Este requisito implica que el juez no puede otorgar la custodia compartida de oficio, sino que necesita al menos la solicitud de uno de los progenitores para ello. Sobre este requisito hay posiciones encontradas.

Las posiciones contrarias alegan que los principios de rogación y congruencia no funcionan en este ámbito y que lo que prima en él es el interés superior del menor por lo que no ven impedimento en que pudiera el juez otorgar la custodia compartida de oficio si con eso se beneficia al menor. En segundo lugar, argumentan que este apartado podría ser interpretado como un modo de diferenciar los casos pactados por los progenitores de aquellos en los que no existe convenio.⁷⁹

Las posiciones a favor alegan que en ningún caso prevé el CC que se pueda conceder la custodia compartida si ninguno de los progenitores lo solicita y también que mediante este precepto el legislador introdujo un supuesto concreto y no la posibilidad de que el juez pudiera atribuir de oficio la custodia compartida. También se ha considerado que *“al requerirse la petición de una de las partes se introduce una exigencia propia del principio dispositivo para conseguir una base mínimamente sólida para el sistema”*⁸⁰

El TS se ha pronunciado sobre esto alegando que *“El Código civil exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”*⁸¹

Requisito de no separar a los hermanos poner por ahí.

- Informe del Ministerio Fiscal.

Con la Ley del 2005, se imponía que dicho informe fuera favorable pero este requisito fue declarado inconstitucional por la STC nº184/2012 de 17 de octubre de 2012 a razón de una cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sección quinta, que ponía en entredicho que el inciso “favorable” del artículo 92.8 CC respetase la exclusividad de la potestad jurisdiccional

⁷⁹ PÉREZ CONESA, Carmen. La custodia compartida. 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2016. P. 41.

⁸⁰ PÉREZ CONESA, Carmen. La custodia compartida. Id.

⁸¹ STS, Sección 1, nº 257/2013 de 29 de abril de 2013 (Rec. 2525/2011) entre otras.

contenida en el 117.3 CE, la tutela judicial efectiva (del progenitor que quisiera la custodia) a la que hace referencia el 24 CE y los artículos 14 y 39.2 CE en materia de igualdad entre los hijos (14 y 39.2)⁸²

El Tribunal Constitucional consideró que el citado precepto vulneraba en primer lugar el artículo 117.3 CE, el cual dispone 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”*

Así la sala entendió *“que su exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o limitada tal como se halla configurada en el 117.3 CE”* y que *“tal invasión se produciría porque la regulación cuestionada ha sustituido lo que es la genuina función jurisdiccional de aplicación del Derecho positivo al caso concreto, por la decisión legislativa de que sea el Ministerio Fiscal quien estime la improcedencia de que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando sólo la solicite un progenitor, al margen del examen de cada situación personal por quienes están llamados a efectuar la ponderación y estimación correspondiente según lo alegado y probado”*.

Además, añadió que *“corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”*.

En segundo lugar, consideró que vulneraba el artículo 24 CE el cual versa de la siguiente forma *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*

Así la sala entendió que este requisito *“supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto”*

Sobre la inconstitucionalidad del informe favorable en relación con el artículo 14 CE por no exigirse también en los procedimientos con acuerdo entre ambos progenitores el TC dispone que *“en cualquier caso, la alegada vulneración procedería, en definitiva, no de*

⁸²AGUADO RENEDO, César. RESERVA DE JURISDICCIÓN, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CUSTODIA DE MENORES (Comentario a la STC 185/2012, de 17 de octubre) Teoría y Realidad Constitucional, 2013, núm. 31. P. 529.

la regulación de situaciones distintas, que lo son, sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional”

Después de esta sentencia se exige el informe preceptivo, pero no vinculante del Ministerio Fiscal.

- Interés superior del menor.

Este es el último requisito impuesto por el artículo 92.8 CC, así en el caso de optar el juez por la imposición de esta modalidad de custodia sin acuerdo de ambos progenitores deberá llevar a cabo una argumentación adicional de la que se concluya que *“solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.⁸³

B) Supuestos de exclusión de la guarda y custodia compartida.

La LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de Protección a la infancia por la que se modifica la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor establece en su artículo 2c que la vida y el desarrollo del menor debe desenvolverse en un *“entorno familiar adecuado y libre de violencia”*

Mediante esta ley también se reforma el artículo 1 LO 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, pasando a reconocer a los menores como víctimas directas, a este respecto dicha ley dispone en su Exposición de Motivos que *“resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores, víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos”*.

Además, hay que destacar, la reciente LO 8/2021 de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia la cual *“en el capítulo dedicado al ámbito familiar prestará especial atención a la protección del interés superior de los niños y adolescentes en los casos de ruptura familiar a aquellos que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género”*⁸⁴

Con la misma también se modifica el artículo 158 CC, con el fin, tal como se establece en su Exposición de Motivos de *“que el Juez pueda acordar la suspensión cautelar en el*

⁸³ CARRASCO PERERA, Ángel. *La custodia compartida llega al Tribunal Supremo*. Fecha consulta: 12/06/2021. <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-custodia-compartida-llega-al-tribunal-supremo-2010-01-26/>

⁸⁴ COLEGIOS, Nuestros. Claves de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>

ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas". Así, el mismo añade un apartado 6º en el que se decreta que *"La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas"*.

Por último, también es objeto de reforma el artículo 92.7 CC que apunta lo siguiente *"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género"*

En contraposición con la redacción anterior, se ha especificado, que tampoco procederá en los casos de *"violencia de género"* cuestión sobre la que ya se había pronunciado la Fiscalía General del Estado, alegando que *"Aunque el CC se refiera a la violencia doméstica y no a la de género, ello no es obstáculo para entender que tal alusión abarca todas las formas de violencia intrafamiliar entre las que se encuentra"*⁸⁵

Con respecto al primer apartado de este, hay que subrayar la siguiente cuestión:

Parte de la doctrina aduce que el término estar *"incurso"* puede dar lugar a actuaciones no siempre de buena fe por parte del cónyuge que no pretenda el régimen de guarda y custodia compartida. También considera que el legislador debió haber exigido sentencia firme, puesto que la aplicación estricta de esta norma podría vulnerar el principio de presunción de inocencia.⁸⁶

⁸⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado, 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. (Ref. FIS-C-2011-00006)

⁸⁶ DOMINGUEZ OLIVEROS, Inmaculada. ¿Custodia compartida preferente o Interés del Menor?. Op. Cit. P. 64.

Sobre ello, la Fiscalía General del Estado entiende que *“tal prohibición ha de ser interpretada a la luz del principio inspirador de esta reforma que es la salvaguardia del superior interés del menor. Por ello, en ese procedimiento han de haber sido objetivados indicios de criminalidad, por lo que la simple denuncia no será suficiente para vetar tal posibilidad”* *“Esta precisión es recogida expresamente en las Leyes autonómicas de Valencia, Navarra y Aragón, en las que se establece la necesidad de contar con una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad y en Cataluña, se exige sentencia firme o indicios, fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”*⁸⁷

Hay que mencionar, que actualmente, el Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 401-2020, planteada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Jerez de la Frontera en el procedimiento contencioso núm. 23-2020, en relación con el inciso primero del artículo mencionado.⁸⁸

Con respecto al segundo párrafo, puntualizar, que se establece como requisito la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En este caso, se aduce a los supuestos en los que sea el juez de primera instancia el que halle los mismos en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio.

También se planteó duda, sobre si este artículo afectaba solo a la custodia compartida o también a la custodia exclusiva, ante lo cual también se pronunció la Fiscalía General del Estado y dispuso que *“Aunque el CC haga referencia sólo a la custodia compartida, tampoco procederá otorgar la guarda y custodia individual al progenitor encausado”*⁸⁹

El supuesto de que finalmente se dictara sentencia absolutoria no es contemplado por el artículo 92.7 CC, sin embargo, sobre ello se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado puntualizando que la custodia será revisable cuando se dicte resolución que ponga fin al

⁸⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado, 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. (Ref. FIS-C-2011-00006)

⁸⁸ Cuestión de inconstitucionalidad nº 4701-2020, en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil. «BOE» núm. 332, de 22 de diciembre de 2020, páginas 117501 a 117501 (1 pág.) (Ref. BOE-A-2020-16670)

⁸⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado, 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. (Ref. FIS-C-2011-00006)

proceso penal, lo cual se lleva a cabo conforme al procedimiento establecido en el 775 LEC.⁹⁰

Debido a todo lo expuesto, el artículo mencionado ha sido objeto de muchas críticas, siendo tachado de incompleto, se ha denunciado su falta de rigor técnico y se han puesto de relieve vaguedades que dificultan mucho su aplicación, lo cual ha dado lugar a resoluciones jurídicas. Algunas se han decantado por considerar que no se trata de una prohibición expresa si se argumenta que aplicando dicho régimen queda salvaguardado el interés superior del menor. En el extremo contrario, otras también acuerdan la suspensión del “régimen de visitas”.⁹¹

La posición del Tribunal Supremo es contraria a otorgar la custodia compartida en los casos de violencia. En la sentencia del 29/03/2021 se pronuncia de la siguiente manera:

“En el caso presente, no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en el proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito” “Es por ello, que las circunstancias expuestas y el mal pronóstico del coparenting, es decir la forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida, determina que no se considere procedente la custodia compartida”⁹²

⁹⁰ PÉREZ VALLEJO, Ana María. Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex art. 92.7 CC. *Revista de estudios de las mujeres*. 2016, vol. 4. P. 103.

⁹¹ PÉREZ VALLEJO, Ana María. Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex art. 92.7 CC. *Revista de estudios de las mujeres*. Ob. Cit. P. 93.

⁹² STS sec. 1 n° 175/2021 de 29 de marzo de 2021 (Rec. 3110/2019)

Asimismo, hace referencia a distintos pronunciamientos que ha manifestado al respecto, en los que también ha estado en contra del otorgamiento de dicha modalidad de custodia en el caso de violencia de género/doméstica.

Por último finaliza exponiendo *“no podemos considerar que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común, que no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre”*⁹³

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterios de adopción de la custodia compartida.

A) Superación de la excepcionalidad e interés superior del menor.

Cuando se reconoció la guarda y custodia compartida en nuestro ordenamiento a raíz de la Ley 15/2005 era considerada excepcional. Dicha concepción derivaba del propio tenor literal del artículo 92.8 CC del que extraemos la palabra “excepcionalmente” y del que se derivaba antes de ser declarado inconstitucional la exigencia de informe “favorable” del Ministerio Fiscal.

Pero poco a poco se fue superando esta idea a partir de la doctrina del Tribunal Supremo. Aunque en 2011⁹⁴ y en 2012⁹⁵ ya se pronuncia en contra de la excepcionalidad de esta medida es en el 2013 donde sienta doctrina al respecto estableciendo que *“no se puede concluir que se trate de una medida excepcional, sino que de lo contrario debería considerarse normal porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relaciones con ambos progenitores en situaciones de crisis”*⁹⁶ a partir de ello, esta doctrina se reitera en un gran número de sentencias, del 25 de abril de 2014⁹⁷, de 16 de

⁹³ STS sec. 1 nº 175/2021 de 29 de marzo de 2021 (Rec. 3110/2019)

⁹⁴ STS, Sec. 1, nº 496/2011 de 7 de julio de 2011 (Rec. 1221/2010)

⁹⁵ STS, Sec. 1 nº 323/2012 de 25 de mayo de 2012 (Rec. 1395/2010)

⁹⁶ STS, Sala 1, nº 257/2013 de 29 de abril de 2013 (Rec. 2525/2011)

⁹⁷ STS, Sala 1, nº 200/2014 de 25 de abril de 2014 (Rec. 200/2014)

febrero de 2015⁹⁸, del 12 de septiembre de 2016⁹⁹, del 20 de noviembre de 2018¹⁰⁰ (entre otras)

El 19 de noviembre de 2019 alude a *“un cuerpo unitario de doctrina que abogan a favor de establecer al régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello”* y en la propia sentencia hace también referencia a un pronunciamiento en el mismo sentido en la sentencia núm. 2015/2019, de 5 de abril.¹⁰¹

Más recientemente mencionar que se ha pronunciado en la misma línea el 29 de abril de 2021.¹⁰²

En 2014¹⁰³ el Tribunal Supremo dispone que *“con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”* sobre lo cual se ha pronunciado en más sentencias (STS Sec. 1 del 6 de abril de 2018 nº 194/2018 (Rec. 3079/2017); STS Sec. 1 de 16 de junio de 2020, nº 311/2020 (Rec. 2560/2019) entre otras)

Aun así, el Tribunal Supremo ha dejado claro que para atribuir el régimen de guarda y custodia hay que estar principalmente al interés superior del menor.

En este sentido se pronunció en 2009¹⁰⁴ y determinó que *“El Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja”* al igual que en las sentencias de 10 de marzo de 2010¹⁰⁵ y de 7 de marzo 2017¹⁰⁶

Además, consagró como doctrina *“el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida”* cuestión sobre la que se ha

⁹⁸ STS, Sección 1, nº 2827/2013 16 de febrero de 2015 (Rec. 2827/2013)

⁹⁹ STS, Sala 1, nº 526/2016 12 de septiembre de 2016 (Rec. 32/2015)

¹⁰⁰ STS, Sección 1, nº 654/2018 de 20 de noviembre de 2018 (Rec. 1448/2018)

¹⁰¹ STS, Sala 1 nº 637/2019 de 19 de noviembre de 2019 (Rec. 739/2019)

¹⁰² STS, Sección 1, nº 175/2021 de 29 de abril de 2021 (Rec. 3110/2019)

¹⁰³ STS Sala 1, de 2 de julio de 2014, nº 368/2014 (1937/2013)

¹⁰⁴ STS, Sala 1, nº 623/2009 de 8 de octubre de 2009 (Rec. 1471/2006)

¹⁰⁵ STS, Sala 1, nº 94/2010 de 10 de marzo de 2010 (Rec. 319/2008)

¹⁰⁶ STS, Sala 1, nº 155/2017 de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1158/2016)

pronunciado en la Sentencia de 16 de febrero de 2015¹⁰⁷, de 4 de abril de 2018¹⁰⁸, de 24 de septiembre de 2019¹⁰⁹, de 26 de octubre de 2020¹¹⁰ entre otras.

El Tribunal Supremo también ha declarado que “*La guarda compartida está establecida en interés del menor y no de los progenitores*” con lo que deja claro que el interés superior del menor se encuentra por encima del principio de igualdad entre los padres.¹¹¹

No obstante, el Tribunal Supremo ha manifestado en varias ocasiones “*la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida*” estableciendo que de ella se derivan las siguientes ventajas “1) *Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) se estimula la cooperación de los padres en beneficio de los menores*”¹¹²

Además, también ha afirmado que “*en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor*”¹¹³

B) Criterios de atribución de la custodia compartida.

Como ya se ha dicho, la guarda y custodia compartida es un sistema que se instituye en pos del interés del menor, así el Tribunal Supremo ha dado unos criterios (ante la inexistencia de ellos en la legislación estatal) para facilitar la concreción del *favor filii* y para instituir dicha modalidad.

El punto de partida de ello fue la Sentencia de 8 de octubre de 2009, en la que se da una primera aproximación de dichos criterios, fijándolos, en base a un estudio que el Tribunal hizo con el derecho comparado¹¹⁴, los mismos fueron reiterados en sentencias posteriores.¹¹⁵

¹⁰⁷ STS, Sala 1, nº 96/2015 de 16 de febrero de 2015 (Rec. 890/2014)

¹⁰⁸ STS, Sala 1, nº 182/2018 de 4 de abril de 2018 (Rec. 2878/2017)

¹⁰⁹ STS, Sala 1, nº 490/2019 de 24 de septiembre de 2019 (Rec. 5454/2018)

¹¹⁰ STS, sec. 1, nº 559/2020 de 26/10/2020 (Rec. 802/2020)

¹¹¹ STS, Sala 1, nº 641/2011 de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 1467/2008); STS, Sec 1 nº 155/2017, de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1158/2016)

¹¹² STS, Sala 1, nº 758/2013 de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 2637/2012); STS, nº 433/2016 Sala 1 de 27 de junio de 2016, (Rec. 3698/2015); STS, Sec. nº 413/2017 1 de 27 de junio de 2017 (Rec. 3991/2016); STS, Sec. 1 nº 15/2020 de 16 de enero de 2020 (Rec. 826/2019)

¹¹³ STS, Sec. 1 nº 665/2017 de 12 de diciembre de 2017 (Rec. 1286/2017)

¹¹⁴ STS, nº 623/2009 de 8 de octubre de 2009 (Rec. 1471/2006)

¹¹⁵ STS, nº 94/2010 de 11 de marzo de 2010 (Rec. 54/2008)

Pero es en la importante sentencia ya citada de 29 de abril de 2013 en la que se fija doctrina sobre los criterios a tener en cuenta y se dispone “*Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar*” y “*que se acordará cuando concurren criterios tales como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*”

El sistema familiar no ha dejado de avanzar por lo que se han ido formulando nuevos criterios, en este sentido, el XXII Encuentro de la Asociación española de abogados de familia se determinó que “*la realidad de las relaciones familiares ha variado tanto en las últimas décadas que hasta el concepto de familia está cambiando, y ello nos exige tener una mente abierta para adaptarnos a nuevas realidades*” De esto se puede concluir la complejidad de fijar unos criterios concretos para otorgar la custodia compartida.¹¹⁶

El Consejo General del Poder Judicial con la colaboración e impulso de la Comisión de Igualdad aprobó el 25 de junio de 2020 una guía de criterios de actuación judicial para decidir sobre esta institución.¹¹⁷

Paso a analizar los más importantes:

- Aptitudes y capacidad de los progenitores.

Esta modalidad se puede descartar en el supuesto de que uno de los progenitores no posea las habilidades parentales necesarias para ejercer la guarda y custodia. Se entiende que carecen de las mismas en casos de drogodependencia, trastorno mental o cualquier otra patología imposibilitante y acreditada. Para comprobarlo se tienen en cuenta los informes periciales o médicos.¹¹⁸

¹¹⁶ IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. Op. Cit. Pp. 213-215.

¹¹⁷ Comunicación Poder Judicial. El CGPJ publica una guía de criterios de actuación en materia de custodia. Fecha de consulta: 19/06/2021. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-decidir-sobre-la-custodia-de-los-hijos-tras-la-ruptura-matrimonial-->

¹¹⁸ Consejo General del Poder Judicial. *Guía de criterios de actuación en materia de custodia compartida*. Madrid: Anzos S.L, 2020. P. 351.

Ya en la sentencia citada de 2013 en la que se fijan los criterios a tener en cuenta se hace referencia a las *“aptitudes personales de los progenitores”*.

Así, el Tribunal Supremo tiene en cuenta a la hora de atribuir dicho régimen que *“ambos progenitores reúnan las capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales”*^{119 120}

Dentro de esta aptitud se encuentra incluida la capacidad de los progenitores para llegar a acuerdos, cuestión que considero conveniente analizar en un apartado posterior.

- Práctica anterior de los progenitores.

Mediante este criterio se pretende mantener la estabilidad del menor. Pero realmente no implica que *“no pueda existir un cambio de roles y se plantee un reparto igualitario futuro, precisamente debido al fin de la convivencia”*¹²¹

- Relación y capacidad de cooperación de los progenitores.

El Tribunal Supremo ha establecido que la custodia compartida *“conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*¹²²

Sin embargo, el Tribunal Supremo proclama que *“Ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen*

¹¹⁹ STS, Sala 1, nº 200/2014 de 25 de abril de 2014 (Rec. 2983/2012); STS, Sala 1, nº 585/2015 de 21 de octubre de 2015 (Rec. 1768/2014). Cfr: ESPÍN ALBA, Isabel. Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*. 2019, vol. 21. Pp.71.

¹²⁰ Auto del Tribunal Supremo. Sec. 1, Nº 6040/2019 de 29 de julio de 2020 (Rec 6040/2019).

¹²¹ ESPÍN ALBA, Isabel. Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Op. Cit. P. 71.

¹²² STS, Sala 1, nº 96/2015 de 16 de febrero de 2015 (Rec. 890/2014); STS, Sec. nº 433/2016 de 27 de junio de 2016 (Rec. 3698/2015); STS, Sec. 1 nº 22/2018 de 17 de enero de 2018 (Rec. 1447/2017); STS, Sec. 1 nº 242/2018 de 24 de abril de 2018 (Rec. 2556/2017) STS, Sala 1 nº 318/2020 de 17 de junio de 2020 (Rec. 781/2019)

de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”¹²³

Al hilo de esto, cabe recordar lo explicado en el apartado 4.C “*Supuestos de exclusión de la custodia compartida*” sobre la postura del Tribunal Supremo en los casos de violencia de género.

- Distancia entre los domicilios.

Paso a enumerar una serie de sentencias que se pronuncian sobre ello:

El 1 de marzo de 2016 el TS se establece que “*Realmente la distancia no solo dificulta, sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida.*”¹²⁴

El 21 de diciembre de 2016 opta por la misma solución y promulga lo siguiente “*Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio*”¹²⁵

En la sentencia de 18 de abril de 2018 el recurrente solicita que “*los menores residan en periodos alternativos de un año, con cada uno de sus progenitores, es decir con el señor Roberto en España por un año y con la madre señora Candida en Japón el año siguiente y así sucesivamente.*” ante lo cual el Tribunal Supremo precisa que “*la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia*”¹²⁶

En este caso se discute la custodia compartida cuando “*los domicilios distan 400 km*” ante esto el Tribunal Supremo puntualiza que “*en caso de existir una distancia geográfica*

¹²³ STS, Sec. nº 433/2016 de 27 de junio de 2016 (Rec. 3698/2015); STS, Sec. 1 nº 296/2017 de 12 de mayo de 2017 (Rec. 103/2016); STS, Sec. 1 nº 242/2018 de 24 de abril de 2018 (Rec. 2556/2017), STS, Sala 1 nº 318/2020 de 17 de junio de 2020 (Rec. 781/2019)

¹²⁴ STS, sala 1, nº 115/2016 de 2 de marzo de 2016 (Rec. 611/2015)

¹²⁵ STS, Sala 1, nº 748/2016 de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 409/2016)

¹²⁶ STS, sec. 1 nº 229/2018 de 18 de abril de 2018 (Rec. 2309/2017)

excesiva que no la hace posible por chocar con dicho interés prevalente” y “además que “De la citada referencia jurisprudencial se deduce la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores de edad en edad escolar, con una distancia considerable entre los domicilios de los custodios, lo que acarrea un desarraigo de la menor, su sometimiento a cambios intermitentes de colegio y de sistema sanitario, incluso en este caso, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje”¹²⁷

- Disponibilidad horaria o laboral de los progenitores.

La posibilidad de conjugar los horarios laborales de los padres y los escolares de los hijos también es un criterio a tener en cuenta por los Tribunales. Este criterio ha ido evolucionando junto con las relaciones familiares y dada la postura favorable del Tribunal Supremo con respecto a la custodia compartida las sentencias actuales buscan por todos los medios adaptar los horarios para otorgar este sistema de guarda y custodia.¹²⁸

El 9 de marzo de 2016 el Tribunal Supremo otorga la custodia compartida a pesar de que *“aun reconociendo que siéndole a la madre más fácil la compatibilización de horarios, por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente) que en la sentencia recurrida, de forma incoherente, se le niega como base de la atribución de la custodia a la madre y se le reconoce para ampliar a la pernocta, los días intersemanales”* y dispone que *“el reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores”*.¹²⁹

- La edad de los menores.

Para estudiar este criterio, primero hay que diferenciar entre la situación de los menores lactantes y la de los que no lo son ya que en el primer supuesto parece que la jurisprudencia opta mayoritariamente por otorgar la custodia monoparental a la madre.¹³⁰

Sobre los segundos, se puede reseñar la STS, Sec. 1 n° 182/2018 de 4 de abril de 2018 (Rec. 2878/2017), en la misma se trata la cuestión de la importancia de la edad del menor

¹²⁷ STS, sala 1 n° 58/2020 de 28 de enero de 2020 (Rec. 5135/2018)

¹²⁸ IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. Op. Cit.

¹²⁹ STS, sala 1, n° 138/2016 de 9 de marzo de 2016 (Rec. 791/2015) Cfr. IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. Id.

¹³⁰ MARTINEZ CALVO, Javier. Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, num. 182/2018, de abril (RJ 2018, 1182) *Revista Boliviana de Derecho*. 2019, n° 28. Pp. 444-457. (451)

y la posibilidad de instaurar la custodia compartida pasada una determinada edad después de haber sido atribuida la monoparental y resuelve que *“la corta edad del menor no es determinante para excluir el régimen de custodia compartida, máxime cuando ya ha concluido el periodo de lactancia. Así mismo, entiende que la posible perturbación de la estabilidad del menor, que hasta ese momento había vivido con su madre, tampoco es obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida. En este sentido, considera que la Sentencia recurrida petrifica la situación del menor, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin especificar cuál sería la edad adecuada para adoptar el régimen de custodia compartida ni tener en cuenta el irreversible efecto que el transcurso del tiempo puede originar en la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a los principios recogidos en la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”*.¹³¹

Esto mismo ha sido reiterado por la STS, nº 124/2019 de 16 de febrero de 2019 (Rec. 3386/2018).

- Voluntad manifestada por los hijos.

Del artículo 92.6 CC, 770.1.4º LEC, 9 de la ley de protección jurídica del menor y del Convenio de los derechos del niño se deriva la necesidad de oír a los menores con suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años en los procedimientos que directamente les afecten como es en el caso que nos ocupa.¹³²

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre esto y precisa que *“Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”*¹³³

Este criterio es crucial a la hora de determinar este régimen puesto que la resistencia del menor puede provocar la imposibilidad de efectuarlo *“in natura”*. Hay que tener en cuenta cuestiones como la madurez de los menores y si está influido por alguno de los

¹³¹ MARTINEZ CALVO, Javier. Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, num. 182/2018, de abril (RJ 2018, 1182). Ob. Cit. P. 447.

¹³² JIMENEZ CASTILLO, Inmaculada. Necesidad de oír a los menores sobre la guarda y custodia. Fecha: 21/06/2021. <https://www.mundojuridico.info/necesidad-oir-los-menores-la-guarda-custodia/>

¹³³ STS, sala 1, nº 413/2014 de 20 de octubre de 2014 (Rec. 1229/2013); STS, sala 1, nº 1085/2016 de 25 de octubre de 2017 (Rec. 1085/2016); STS, Sec. 1, nº 18/2018 de 15 de enero de 2018 (Rec. 1195/2017)

progenitores u otros familiares y no se pondera en el caso de discrepancia de opiniones entre hermanos en base al principio de no separar a los hermanos.¹³⁴

Pero esta voluntad no es vinculante, al hilo de esta cuestión se puede reseñar la sentencia de 22 de septiembre de 2017 en la que el Tribunal Supremo pese a conocer el desacuerdo de la menor concede igual la custodia compartida aludiendo que *“se pudo observar que no existen motivos concretos que puedan justificar tal decisión pues las explicaciones dadas no se basaban en hechos consistentes sino en afirmaciones genéricas y poco concretas que tampoco eran indicativas de una gravedad extrema que pudiese justificar ante este tribunal que la menor se vería perjudicada si mantiene contacto con su padre de forma continuada”*¹³⁵

También se pronuncia sobre esto en 2018 y estipula que *“El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad”*¹³⁶

- Informe psicosocial.

Este tipo de pruebas tienen como objeto facilitar al juez datos psicológicos y sociológicos sobre la unidad familiar desde una perspectiva profesional para que así pueda resolver de manera motivada. Sin embargo, no se trata de una prueba necesaria ni tampoco preceptiva.¹³⁷

En relación con esto el TS en la sentencia de 7 de marzo de 2017 expone que *“Esta Sala no puede considerar un óbice para resolver el recurso, el hecho de que no se hubiese emitido informe psicosocial, pues siendo conveniente en estos casos, no se constituye en requisito imprescindible en el artículo 92.6 y 9 del Código Civil”*¹³⁸

Además, el Alto Tribunal puntualiza que *“las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el Tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos”*¹³⁹

¹³⁴ Consejo General del Poder Judicial. *Guía de criterios de actuación en materia de custodia compartida*. Madrid: Anzos S.L, 2020. Pp. 351-352 y 55.

¹³⁵ STS, Sec. 1, nº 2831/2016 de 22 de septiembre de 2017 (Rec. 2831/2016)

¹³⁶ STS, Sala 1, nº 206/2018 de 11 de abril de 2018 (Rec. 2568/2017)

¹³⁷ PÉREZ CONESA, Carmen. *La custodia compartida*. 1ª ed. Aranzadi, Pamplona. P. 95.

¹³⁸ STS, Sala 1, nº 157/2017 de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1874/2016)

¹³⁹ STS, Sala 1, nº 465/2015 de 9 de septiembre de 2015 (Rec. 545/2014); STS, Sala 1, nº 296/2017 de 12 de mayo de 2017 (Rec. 103/2016)

I. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

1. Pensión de alimentos.

Sobre esta cuestión trata el artículo 92 del CC, pero simplemente señala que *“El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este código.”*

Aunque hay una tendencia a pensar que en el caso de optar por custodia compartida no hay necesidad de prestar pensión de alimentos, esto no es así, puesto que, en el caso de diferencias sustanciales en los ingresos y recursos, el más pudiente si está obligado a transmitirla, tal como ha declarado el Tribunal Supremo en varias ocasiones.

En 2015 estableció que *“El régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres –artículo 93 CC– especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de quinientos euros al mes”*¹⁴⁰

En 2016, fija que *“La custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”*. Además, también rechaza la posibilidad de limitar temporalmente dicha pensión *“Esta limitación temporal, tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos”*¹⁴¹

¹⁴⁰ STS, sala 1, nº 390/2015 de 26 de junio de 2015 (469/2014)

¹⁴¹ STS, sala 1, nº 55/2016 de 11 de febrero de 2016 (Rec. 470/2015)

2. Vivienda.

A) Factores para su adjudicación.

Esta cuestión viene regulada en el artículo 96 CC el cual versa de la siguiente forma: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por tiempo que prudencialmente de fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

El primer párrafo es modificado por el artículo 2.11 de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y entrará en vigor el 3 de septiembre de 2021.

No obstante, en sede de custodia compartida es de aplicación el segundo apartado de dicho artículo, tal como ha estipulado el Tribunal Supremo en varias ocasiones:

“Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges que el uso y la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía quede, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de

*protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”.*¹⁴²

Sin embargo, hay que matizar, que antes de tener en cuenta los factores mencionados hay que estar al acuerdo de los cónyuges establecido en convenio regulador; salvo que el juez no lo homologue por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges, tal como se deriva del artículo 90 CC.

B) Atribución de la vivienda familiar.

- Uso alternativo de la vivienda familiar o vivienda nido.

Mediante este sistema los menores permanecen de forma constante en la vivienda familiar y son los progenitores los que se van alternando según los períodos en los que se les haya asignado la custodia. En la práctica trae muchos problemas y exige una gran cooperación por parte de los progenitores, por lo que solo se da en caso de acuerdo, entre otras cosas tienen que llegar a consuno en la limpieza, en el orden, en el uso del ajuar, en el mantenimiento de la casa... Y sobre todo exige una gran capacidad económica al requerir de tres viviendas (con todo lo que implica su mantenimiento), una para los menores y otras dos para los progenitores lo cual puede terminar repercutiendo incluso en el nivel de vida de los niños. Sin perjuicio de que pudieran convivir ambos de continuo en la misma casa, aunque a la larga acabaría produciendo más problemas.¹⁴³

Por ello, un gran sector de la doctrina y de la jurisprudencia se opone y en el “Encuentro de jueces y abogados de familia” celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2015 se pronunciaron en contra calificándola como *“Modalidad no recomendable”*¹⁴⁴

Pero también tiene como beneficios suavizar el impacto de la ruptura en los menores, y ayudar a su estabilidad no sintiendo el desarraigo constante de tener que moverse de su hogar.¹⁴⁵

¹⁴² STS, Sala 1, nº 593/2014 de 24 de octubre de 2014 (Rec. 2119/2013); STS, Sala 1, nº 215/2016 de 6 de abril de 2016 (Rec. 1309/2015); STS, Sala 1, nº 268/2015 de 9 de mayo de 2018 (Rec. 3232/2017); STS, Sec. 1 nº 396/2020 de 6 de julio de 2020 (Rec. 1754/2019)

¹⁴³ AVIÑO BELENGUER, David. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2020, nº 12- Pp. 205-206.

¹⁴⁴ CUEVAS, Miguel Ángel. Guarda y custodia compartida en la modalidad de casa-nido. Fecha: 28/06/2021. <https://elderecho.com/guarda-custodia-compartida-la-modalidad-casa-nido>.

¹⁴⁵ AVIÑO BELENGUER, David. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Op. Cit. Pp. 205-206.

- Sistema de domicilio rotatorio.

Otro supuesto es en el que el juez ponderando el interés del progenitor necesitado de más protección con el del menor le atribuye el uso exclusivo y temporal de la vivienda familiar. Como desventaja algunos sectores acusan la “*desvinculación de los hijos de su entorno vital*” en los períodos que no están en la vivienda familiar y como eso les puede desconcertar.¹⁴⁶

- No atribución del uso de vivienda familiar.

Otra opción es o la enajenación directa o la apropiación de la misma por uno de los progenitores, lo que es muy práctico en el caso de hipoteca. Se puede reseñar que este sistema proporciona velocidad en la liquidación de la sociedad de gananciales y que evitan los altercados derivados del uso de esta.¹⁴⁷

I. CONCLUSIONES.

Después de llevar a cabo la elaboración de este trabajo tengo una amplia idea sobre la figura objeto del mismo, pudiendo así, extraer las siguientes conclusiones:

1. La modalidad de guarda y custodia compartida ya no es considerada como un sistema excepcional, siendo el Tribunal Supremo el que supera dicha concepción sentando doctrina en 2013 al establecer que se trata “*medida normal e incluso deseable*”.
2. La guarda y custodia compartida puede ser adoptada o bien por acuerdo entre los progenitores o a instancia de uno de ellos. Siendo la primera la considerada más favorable puesto que el buen funcionamiento de este sistema depende en gran parte del grado de cooperación que exista entre los progenitores.

Lo que no se permite es la atribución de oficio por parte de los tribunales de esta modalidad. Cuestión que se intentó reformar mediante el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio (el cual no vio la luz)

En mi opinión, ya que el régimen de guarda y custodia compartida se atribuye en pos del interés del menor y que en esta materia no rige el principio de rogación es razonable que se pudiera atribuir la custodia compartida de oficio por el juez si las circunstancias del caso fueran idóneas.

¹⁴⁶ AVIÑO BELENGUER, David. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Ob. Cit. P. 206.

¹⁴⁷ AVIÑO BELENGUER, David. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Ob. Cit. P. 207.

3. Actualmente, ni el régimen de guarda y custodia monoparental ni el de guarda y custodia compartida prevalecen, sino que se debe atribuir uno u otro en función de las circunstancias concretas de cada caso sin caer en automatismos y teniendo en cuenta principalmente el interés superior del menor.

4. La falta de regulación sobre la guarda y custodia compartida ha tenido que ser compensada por la jurisprudencia, que ha establecido cuáles son los criterios a tener en cuenta en cada caso concreto para optar por esta modalidad.

Considero que es necesario que se lleve a cabo una regulación extensa sobre todas estas aplicaciones prácticas para lograr una mayor seguridad jurídica a un tema tan trascendental como este.

Además, dicha falta de regulación ha dado lugar a que los territorios forales legislen sobre ello, produciéndose diferencias entre las distintas comunidades autónomas.

5. Con respecto a los alimentos, debido a la idea generalizada de que en este tipo de modalidad no es necesario prestar una pensión, muchos progenitores solicitan la guarda y custodia compartida para escabullirse de dicha obligación. Lo que es un desacierto, puesto que en el caso de diferencias sustanciales en los recursos si habrá obligación de llevar a cabo dicha prestación.

6. En relación con el uso de la vivienda familiar, es de aplicación el apartado segundo del artículo 96 CC tal como ha estipulado el Tribunal Supremo.

Existen tres soluciones por las que se puede optar en el caso de guarda y custodia compartida en lo que se refiere al uso de vivienda familiar, que son, la vivienda nido, el sistema de domicilio rotatorio y por último la enajenación directa.

Cada una de ellas ofrece sus ventajas y desventajas, teniendo que estar también a cada caso concreto para determinar qué es lo más beneficioso.

BIBLOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de familia*. 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2013.
- AGUADO RENEDO, César. Reserva de jurisdicción, tutela judicial efectiva y custodia de menores. (Comentario a la STC 185/2012, de 17 de octubre) *Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, núm. 31, pp. 529-540.
- ALASCION CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio. Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del Código Civil. *Indret: revista para el análisis del derecho*. 2007, nº 3. Pp.1-23
- AVIÑO BELENGUER, David. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2020, nº 12. Pp. 194.2019
- CATALÁN FRÍAS, María José, La custodia compartida. *Revista Derecho y Criminología*, 2011, nº 1. Pp. 58-82.
- DIEZ GARCÍA, Helena. Título VII. De las relaciones paterno-filiares. Capítulo I. Disposiciones Generales. En: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. *Comentarios al Código Civil*. Tomo II. 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, Pp. 1557-1648.
- DIEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio “*Sistema de derecho civil: Derecho de familia*”. 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- DOMINGUEZ OLIVEROS, Inmaculada. *¿Custodia compartida preferente o Interés del Menor?*. 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- ESPÍN ALBA, Isabel. Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*. 2019, vol. 21. Pp.65-86
- GARCIA PRESAS, Inmaculada. *La patria de potestad*. 1ª ed. Madrid: Dykinson S.L. 2013.
- GUZMAN PEREZ, Cristina. La patria potestad y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio, según la legislación y la jurisprudencia española: Notas desde el derecho canónico. *Estudios eclesiásticos*. 2011, Vol.86, núm. 339: 769–801. Pp.769-801.
- IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa. *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de igualdad*. 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia*. 4ª Ed. Madrid: Dykinson, 2010.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*. 1ª Ed. Madrid: La Ley, 2008.
- LERÍA SÁNCHEZ, Reyes y VÁZQUER-PASTOR JIMÉNEZ, Efectos comunes a todos los supuestos de crisis matrimonial Las medidas provisionales y definitivas Breve referencia a la mediación familiar En: Eugenio PIZARRO MORENO y Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ. *Derecho de Familia*, 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 77-101.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. Efectos comunes a la nulidad, a la separación y al divorcio. En Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. “*Manual de Derecho civil: Derecho de familia*.” 5ª Ed. Madrid: BERCAL, S.A 2018. Pp. 105-129.m
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. Las Relaciones paterno-filiares: la patria potestad. En: José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE. *Derecho civil IV: derecho de familia*. 3ªEd. Valencia: Tirant lo Blanch 2020. Págs. 317 a 336
- MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La guarda y custodia*. 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTINEZ CALVO, Javier. Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, num. 182/2018, de abril (RJ 2018, 1182) *Revista Boliviana de Derecho*. 2019, nº 28. Pp. 444-457.
- MARTÍNEZ DE AGGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, vol. 45, nº 4. Pp. 1391-1498.
- OLCINA ESPARZA, Carlos. La guarda y custodia compartida en el Código Civil español y en la ley autonómica valenciana. *Revista Boliviana de derecho*. 2014, nº17, Pp. 190-209.
- ORTEGA GUERRERO, Irene. El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la UE. *Psicopatología clínica, legal y forense*. Vol. 2, nº 3, 2002. Pp. 87 - 108.
- PÉREZ CONESA, Carmen. *La custodia compartida*. 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2016

- PÉREZ VALLEJO, Ana María. Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex art. 92.7 CC. *Revista de estudios de las mujeres*. 2016, vol. 4. Pp. 87-115.
- PINTO ANDRADADE, Cristóbal. La custodia compartida en la práctica judicial española. Los criterios y factores para su atribución. [*Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*](#). 2015, vol. 8 nº 9 Pp. 143-175.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guardia y custodia de los hijos” en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2001, n.15. enero-diciembre, Pp. 281-329
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*. 2012 Vol. 30. nº 2. Pp. 89-108.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El Interés del menor*. 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2004.
- ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. En Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. “*Manual de Derecho civil: Derecho de familia*.” 5ª Ed. Madrid: BERCAL, S.A 2018. Pp. 251 a 264.
- SÁEZ DELGADO, Jessica. Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio. En: CARRASCO PERALTA, Manuel. *Derecho de Familia: Nuevos retos y realidades*. 1ª ed. España: Dykinson. 2016. Pp. 103-113
- SERRANO FERNÁNDEZ, María. La patria potestad y las instituciones tutelares. En: Eugenio PIZARRO MORENO y Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ. *Derecho de Familia*, 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 201-231.
- TAMAYO HAYA, Silvia. Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio. En: PÉREZ VALLEJO, Ana María. *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*. 1ª Edición. Barcelona: Atelier, 2009, Pp. 110-137
- TAPIA PARREÑO, José Jaime. *Custodia compartida y protección de menores*. 1ª Ed. Madrid: Centro de Documentación Judicial, 2010.
- YÁRNOZ-YABEN, Sagrario. Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles. *Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud*. 2010. Nº 2. Pp. 295-307.

WEBGRAFÍA:

- AZNAR DOMINGO, Antonio y LORENZO ARMAS, Aleida. La Custodia Compartida: Análisis y valoración como método más favorable. Fecha de

- consulta: 31/05/2021. <https://elderecho.com/la-custodia-compartida-analisis-y-valoracion-como-metodo-mas-favorable>
- CARRASCO PERERA, Ángel. *La custodia compartida llega al Tribunal Supremo.* Fecha consulta: 12/06/2021. <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-custodia-compartida-llega-al-tribunal-supremo-2010-01-26/>
 - CASADO CASADO, Belén. *Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial.* Fecha de consulta: 26/05/2021. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzU2MTU7Wy1KLizPw8WyMDQwsDY2MDkEBmWqVLfnJIZUGqbUIRaSoAeuQl_jQAAAA=WKE
 - COLEGIOS, Nuestros. Claves de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>
 - CUEVAS, Miguel Ángel. Guarda y custodia compartida en la modalidad de casanido. Fecha: 28/06/2021. <https://elderecho.com/guarda-custodia-compartida-la-modalidad-casa-nido>.
 - GÓMEZ MEGÍAS, Ana María. La doctrina del TS sobre la guarda y custodia compartida: Sentencias clave. Fecha de consulta: 7/06/2021 <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/>
 - JIMENEZ CASTILLO, Inmaculada. *Necesidad de oír a los menores sobre la guarda y custodia.* Fecha: 21/06/2021. <https://www.mundojuridico.info/necesidad-oir-los-menores-la-guarda-custodia/>
 - Comunicación Poder Judicial. El CGPJ publica una guía de criterios de actuación en materia de custodia. Fecha de consulta: 19/06/2021. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-decidir-sobre-la-custodia-de-los-hijos-tras-la-ruptura-matrimonial-->

JURISPRUDENCIA CITADA:

Tribunal Constitucional:

- STC, Sec. 1, nº 141/2000, de 29 Mayo, 2000, (Rec. 4233/1996)

- STC, Sec. 1, nº 185/2012, de 17 Octubre, 2012, (Rec. 8912/2006)
- STC, Sec. 1, nº 184/2012 de 17 de octubre de 2012. (Rec. 1601-2003)
- STS. Sec. 1, nº 496/2011 de 7 de julio de 2011 (Rec. 1221/2010)
- STC, 192/2016 de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 3859-2011)
- Cuestión de inconstitucionalidad nº 4701-2020, en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil. «BOE» núm. 332, de 22 de diciembre de 2020, páginas 117501 a 117501 (1 pág.) (Ref. BOE-A-2020-16670)

Sentencias del Tribunal Supremo:

- STS, Sala 1 nº 630/1994 de 25 de junio de 1994 (Rec. 2559/1991)
- STS, Sala 1, nº 720/2002 de 9 de julio de 2002 (Rec. 482/1997)
- STS, Sala 1, nº 623/2009 de 8 de octubre de 2009 (Rec. 1471/2006)
- STS, Sala 1, nº 94/2010 de 10 de marzo de 2010 (Rec. 319/2008)
- STS, Sec. 1, nº 496/2011 de 7 de julio de 2011 (Rec. 1221/2010)
- STS, Sec. 1 nº 323/2012 de 25 de mayo de 2012 (Rec. 1395/2010)
- STS, Sección 1 nº 257/2013 de 29 de abril de 2013 (Rec. 2525/2011)
- STS, Sala 1, nº 200/2014 de 25 de abril de 2014 (Rec. 200/2014)
- STS, sala 1, nº 413/2014 de 20 de octubre de 2014 (Rec. 1229/2013)
- STS Sala 1, nº 368/2014 de 2 de julio de 2014 (1937/2013)
- STS, Sección 1, nº 2827/2013 16 de febrero de 2015 (Rec. 2827/2013)
- STS, Sala 1, nº 96/2015 de 16 de febrero de 2015 (Rec. 890/2014)
- STS, Sala 1, nº 465/2015 de 9 de septiembre de 2015 (Rec. 545/2014)
- STS, sala 1, nº 115/2016 de 2 de marzo de 2016 (Rec. 611/2015)
- STS, Sec. nº 433/2016 de 27 de junio de 2016 (Rec. 3698/2015)
- STS, Sala 1, nº 526/2016 de 12 de septiembre de 2016 (Rec. 32/2015)
- STS, Sala 1, nº 748/2016 de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 409/2016)
- STS, Sala 1, nº 155/2017 de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1158/2016)
- STS, Sec. 1 nº 296/2017 de 12 de mayo de 2017 (Rec. 103/2016)
- STS, Sec. 1, nº 2831/2016 de 22 de septiembre de 2017 (Rec. 2831/2016)
- STS, sala 1, nº 1085/2016 de 25 de octubre de 2017 (Rec. 1085/2016)
- STS, Sec. 1, nº 18/2018 de 15 de enero de 2018 (Rec. 1195/2017)
- STS, Sec. 1 nº 22/2018 de 17 de enero de 2018 (Rec. 1447/2017)
- STS, Sala 1, nº 182/2018 de 4 de abril de 2018 (Rec. 2878/2017)
- STS, Sala 1, nº 206/2018 de 11 de abril de 2018 (Rec. 2568/2017)
- STS, sec. 1 nº 229/2018 de 18 de abril de 2018 (Rec. 2309/2017)

- STS, Sec. 1 nº 242/2018 de 24 de abril de 2018 (Rec. 2556/2017)
- STS, Sección 1, nº 654/2018 de 20 de noviembre de 2018 (Rec. 1448/2018)
- STS, nº 124/2019 de 16 de febrero de 2019 (Rec. 3386/2018)
- STS, Sala 1, nº 490/2019 de 24 de septiembre de 2019 (Rec. 5454/2018)
- Auto del Tribunal Supremo. Sec. 1, Nº 6040/2019 de 29 de julio de 2020 (Rec 6040/2019)
- STS, Sala 1 nº 637/2019 de 19 de noviembre de 2019 (Rec. 739/2019)
- STS, sala 1 nº 58/2020 de 28 de enero de 2020 (Rec. 5135/2018)
- STS, Sala 1 nº 318/2020 de 17 de junio de 2020 (Rec. 781/2019)
- STS, sec. 1, nº 559/2020 de 26 de octubre de 2020 (Rec. 802/2020)
- STS sec. 1 nº 175/2021 de 29 de marzo de 2021 (Rec. 3110/2019)
- STS sec. 1 nº 175/2021 de 29 de marzo de 2021 (Rec. 3110/2019)