



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2021/2022**

**LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES
EN LAS CRISIS MATRIMONIALES
(THE PROTECTION OF MINORS IN MARITAL
CRISIS)**

GRADO EN DERECHO

AUTOR/A: D^a. CLAUDIA MORÁN VIÑAS

TUTOR/A: D. JESÚS MIGUEL LOBATO GÓMEZ

Índice de contenido

ANEXO DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	4
OBJETO DEL TRABAJO.....	6
METODOLOGÍA.....	7
MARCO TEÓRICO.....	8
La protección de los menores.....	8
Protección de la infancia en el ámbito internacional	8
Protección de la infancia en el ámbito de la UE	9
Marco de protección jurídica del menor en España	10
LAS CRISIS MATRIMONIALES	13
Procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo	16
El convenio regulador.....	17
Los procedimientos contenciosos de nulidad, separación y divorcio	18
LA PATRIA POTESTAD.....	21
LA GUARDA Y CUSTODIA	26
LA CUSTODIA EXCLUSIVA.....	27
Guarda y custodia exclusiva por voluntad expresa de las partes.....	28
Adopción de la guarda y custodia exclusiva por exclusión de la compartida	29
Régimen de visitas y derecho de comunicación con el progenitor no custodio ...	30
El derecho de los abuelos a visitar a sus nietos en el régimen de visitas.....	33
Régimen de visitas a través de los puntos de encuentro	33
LA CUSTODIA COMPARTIDA	34
Concepto y principios.	34
Evolución legislativa y jurisprudencial.....	37
Criterios para la adopción de la custodia compartida.	43
El interés superior del menor	44
La audiencia del menor	46
El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida	48
LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS	49
VIVIENDA FAMILIAR	49
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	55
JURISPRUDENCIA.....	57

ANEXO DE ABREVIATURAS

- **Art:** Artículo.
- **BOE:** Boletín Oficial del Estado.
- **CC:** Código Civil.
- **CE:** Constitución Española.
- **CGPJ:** Consejo General del Poder Judicial.
- **DOUE:** Diario Oficial de la Unión Europea.
- **Ed:** Edición.
- **LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil.
- **LO:** Ley Orgánica.
- **LOPJM:** Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- **Núm./N.º:** Número.
- **Pág.:** Página.
- **Págs.:** Páginas.
- **Ref.:** Referencia.
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- **SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.
- **UE:** Unión Europea.
- **Vol.:** Volumen.

RESUMEN

En el presente trabajo se lleva a cabo una investigación teórica sobre las consecuencias que se producen tras una crisis matrimonial, profundizando principalmente en las medidas que afectan a los menores sujetos a la patria potestad de ambos progenitores.

Para ello, ha sido necesario estudiar previamente el marco jurídico de protección de los menores a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico. También ha procedido conocer la regulación relativa a los procesos de nulidad, divorcio y separación, así como las medidas, ya sean pactadas por los progenitores o acordadas por el juez, relativas a los efectos de dichos procesos. Asimismo, resulta esencial analizar la figura de la patria potestad, pues es básica para la comprensión de la materia tratada.

Posteriormente, se realiza un análisis doctrinal y jurisprudencial relativo a las modalidades y a los cambios sociales producidos en relación con la guarda y custodia de los menores ante situaciones de no convivencia normal de los progenitores.

Por último, se trata la atribución del uso de la vivienda familiar y la obligación de alimentos, dado que guardan estrecha relación con la modalidad de custodia atribuida y conllevan importantes consecuencias a nivel patrimonial, por lo que se ha considerado fundamental abordar tales aspectos.

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

ABSTRACT

In this work a theoretical investigation is carried out on the consequences that occur after a marital crisis, focusing on the measures that affect children subject to the parental authority of both parents.

For this purpose, it has been necessary to study the legal frame for the protection of minor at the international, community, state and autonomous community levels. It has also been necessary to know the regulation related to the processes of annulment, divorce and separation, as well as the measures, either agreed by the parents or by the judge, related to the effects of such processes. Likewise, it is essential to analyze the figure of parental authority as it is basic for the understanding of the subject matter.

Subsequently, a doctrinal and jurisprudential análisis is made regarding the modalities and social changes that have occurred in relation to the custody and guardianship of minor in situations where the parents don't live together normally.

Finally, are dealt with the attribution of the use of the family home and the maintenance obligation, since they are closely related to the type of custody attributed and have important consequences at the patrimonial level, it has been considered essential to deal with these aspects.

Keywords: marital crisis, parental authority, guardianship and custody, single parent custody, shared custody, best interests of the minor, parental co-responsability, hearing of the minor.

OBJETO DEL TRABAJO

Constituye el objeto esencial del presente trabajo el planteamiento y análisis del sistema de protección de los/las menores que recoge el ordenamiento jurídico español, principalmente, ante situaciones de crisis matrimonial de los progenitores.

El artículo 39 de la Constitución Española consagra un principio general de protección de los/las menores por parte de los poderes públicos. Asimismo, a lo largo de las distintas normas vigentes en la materia, se incide en la defensa del interés superior del menor y el beneficio de éste como fundamento esencial de la regulación legal, que se ha venido perfilando y definiendo de acuerdo con los cambios sociales experimentados en los últimos tiempos.

Tras una crisis matrimonial, hay que decidir a cuál de los progenitores se atribuye el cuidado directo de los hijos o hijas comunes menores de edad. Nuestro ordenamiento jurídico permite a los padres o madres tomar tal decisión de común acuerdo, mediante la elaboración de un convenio regulador. Sin embargo, no en todos los casos es posible un acuerdo o el mismo no es lo más conveniente para el bienestar de los/las menores, razón por la cual, en tales supuestos, los jueces y tribunales deberán decidir sobre la modalidad de guarda y custodia más beneficiosa para aquellos.

Así pues, el tratamiento legal y jurisprudencial de la patria potestad, su ejercicio efectivo mediante la atribución de la guarda y custodia, los criterios para su asignación en el marco de las situaciones de crisis matrimoniales y la armonización de todo ello con la necesaria protección del interés superior del menor, será el objeto de estudio del presente trabajo.

METODOLOGÍA

Dentro del derecho civil -y más en concreto del derecho de familia-, la cuestión de la protección de los menores en las crisis matrimoniales merece una atención particular, ya que se trata de un colectivo que necesita una protección especial, pues las consecuencias de ello, la forma en que hoy protegemos, educamos y formamos a nuestros hijos e hijas se reflejará en las futuras generaciones. Esta es, pues, la razón de la elección de este campo del derecho civil como materia de estudio y análisis para el presente trabajo.

Una vez elegido el tema, comenzó el proceso de búsqueda de información y legislación básica correspondiente a la materia, llevando a cabo una primera lectura de los textos esenciales: Constitución Española, Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de la Jurisdicción Voluntaria y demás normas de protección de menores.

Posteriormente, en una segunda etapa, se ha profundizado en la revisión de diversas obras doctrinales tales como monografías, libros, artículos de revistas, sitios web, etc.; así como en el análisis de la jurisprudencia más relevante.

Una vez seleccionada toda la información, se ha procedido a ordenarla y a sintetizar lo considerado como más importante, puesto que el número de páginas de este trabajo es limitado y estamos ante una materia tan amplia que sería imposible abarcarla en toda su dimensión en un TFG.

A continuación, se elaboró el esquema e índice sobre el que se iba a trabajar, y así, tras la recopilación de las ideas principales, se desarrolló y redactó siguiendo las pautas marcadas por el Reglamento de TFG de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

Finalmente, han sido trasladados a las siguientes páginas los más importantes conocimientos adquiridos y se estructuró el trabajo como a continuación se presenta.

MARCO TEÓRICO

La protección de los menores

La infancia es un periodo de desarrollo decisivo para el ser humano en el que se define nuestra propia identidad y la forma de relacionarnos con el mundo, por lo que requiere una mayor protección. El entorno social más inmediato, especialmente la familia, desempeña un papel determinante para asegurar las condiciones de seguridad y bienestar que permiten su desarrollo.¹

En países desarrollados como el nuestro, los/las menores son considerados como sujetos de plenos derechos. Derivado de este consenso, los niños tienen una especial protección y sus derechos prevalecen sobre cualquier otra persona o situación, no predominando los de sus progenitores sobre el de los hijos/as.²

Protección de la infancia en el ámbito internacional

En el ámbito internacional destaca, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989³, la cual fue ratificada por España en 1990. Se trata de un instrumento jurídico fundamental inspirador del resto de legislaciones internacionales y nacionales. Dedicó especial atención a establecer herramientas para la efectividad de los derechos que reconoce al niño⁴.

En segundo lugar, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000⁵, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del

¹ ALEMÁN BRACHO, Carmen. Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España. *Revista de Derecho Político UNED*. Mayo-agosto 2014. N.º 90. Págs. 97 a 134.

² AMADOR NÚÑEZ, Liliana. El reflejo de la realidad actual de nuestros menores ante el divorcio. *Revista de Estudios Socioeducativos. ReSed*. Año 2019. N.º 7. Págs. 166 a 174.

³ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, Págs. 38897 a 38904). Ref. BOE-A-1990-31312.

⁴ RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar. La Protección Jurídica del Menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. *REDI*. Año 1992. Vol. 44. Pág. 465.

⁵ Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. (BOE núm. 92, de 17 de abril de 2002, Págs. 14494 a 14497). Ref. BOE-A-2002-7293.

Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000⁶. Ambos han sido ratificados por España en el año 2002.

Protección de la infancia en el ámbito de la UE

En el ámbito de la Unión Europea, destacamos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre del 2000⁷, que dedica su artículo 24 a los derechos del menor.

Otras normas europeas relativas a la protección de menores son las siguientes: Carta Social Europea, Turín en 1961⁸, ratificada por España en 1980; Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, 2007⁹; Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, 2005¹⁰; Convención sobre la ciberdelincuencia, 2001¹¹.

Además, existen numerosas recomendaciones al respecto de esta materia, procedentes tanto de la Asamblea Parlamentaria como del Comité de Ministros. Mencionamos solamente aquéllas que hacen referencia más directa a aspectos de protección social de la infancia, como son la Recomendación CM/Rec. (2012) del Comité de Ministros, sobre estrategias nacionales integrales de protección de los niños contra la violencia, y la Recomendación Rec. (2005) del Comité de Ministros, relativa a los derechos de los niños que viven en instituciones.

⁶ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002, Págs. 3917 a 3921). Ref. BOE-A-2002-1858.

⁷ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. (DOCE núm. 364, de 18 de diciembre de 2000, Págs. 1 a 22). Unión Europea. Ref. DOUE-Z-2000-70001.

⁸ Instrumento de ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980, Págs. 14533 a 14540). Ref. BOE-A-1980-13567.

⁹ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, Págs. 94858 a 94879). Ref. BOE-A-2010-17392.

¹⁰ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, Págs. 76453 a 76471). Ref. BOE-A-2009-14405.

¹¹ Instrumento de ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. (BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, Págs. 78847 a 78896). Ref. BOE-A-2010-14221.

Marco de protección jurídica del menor en España

El deber de los poderes públicos de protección del menor y salvaguarda de su bienestar aparece recogido en el artículo 39 de la Constitución¹². Dicho precepto establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia; la protección integral de los hijos e hijas en condiciones de igualdad con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; el deber de asistencia de los padres a los hijos; el desarrollo de los instrumentos jurídicos y medidas para hacer efectivos los acuerdos internacionales que velan por los derechos del niño.¹³

Además, existen referencias que de forma explícita o implícita recogen el deber de protección y bienestar a los menores, entre ellas, el artículo 20.4 CE¹⁴, el cual señala como límite a la libertad de expresión la protección de la juventud y de la infancia.

¹² Artículo 39 CE: *1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

¹³ MARTÍNEZ, LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. La familia en la constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 2000. N.º 58. Págs. 11 a 43.

¹⁴ Artículo 20.4 CE: *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

También recoge la Constitución referencias implícitas, como el artículo 27, sobre el derecho al desarrollo de la personalidad a través de la educación, y otros preceptos que garantizan diversos aspectos del bienestar del niño (artículos 43¹⁵, 45¹⁶, 47¹⁷ y 49¹⁸ CE).

Así, la Constitución española reconoce el estatus jurídico del menor en tanto que ciudadano/a y en tanto que hijo/a. A partir del reconocimiento constitucional, se inicia un periodo legislativo dirigido a regular y a establecer los derechos de la infancia como conjunto de garantías sociales, civiles y políticas para todos los menores españoles.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁹, introduce importantes modificaciones en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considera a los menores como sujetos de derechos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás²⁰.

Según dicho texto legal, las actuaciones públicas en favor de la infancia deben regirse por los siguientes principios²¹:

¹⁵ Artículo 43 CE: *1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

¹⁶ Artículo 45 CE: *1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

¹⁷ Artículo 47 CE: *Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.*

¹⁸ Artículo 49 CE: *Los poderes públicos realizarán 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 los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

¹⁹ LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 15, de 17/01/1996). Ref. BOE-A-1996-1069.

²⁰ GÓMEZ MATO, Juan Carlos. Los derechos de la infancia y la Ley de Protección Jurídica del Menor. *Anuario de psicología jurídica*. 1997. N.º 7. Págs. 43 a 54.

²¹ ALEMÁN BRACHO, Carmen. Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España. Cit. Pág. 110 y 112.

- Supremacía del interés del menor.
- Prohibición de la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación, cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor.
- Derecho a formar parte de asociaciones y a promover asociaciones infantiles y juveniles y derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas.
- Principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social.
- Principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores.
- Necesidad de idoneidad de los adoptantes para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero.²²

Procede también mencionar la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²³, que modificó la anteriormente citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En dicho texto legal se abordan aspectos tales como²⁴: el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado; el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades para plantear quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas; la necesidad de obtener de los Tribunales la tutela más efectiva posible de los derechos e intereses de los menores; así como el reconocimiento y mayor protección de menores víctimas de violencia de género.

Legislación autonómica.

La política de atención a la infancia reviste especial importancia en el marco autonómico. La normativa autonómica integra medidas de diverso tipo: sanitarias, educativas, de servicios sociales, de integración social, laboral, etc., tanto preventivas como rehabilitadoras y de intervención social con los niños, adolescentes y sus familias. Se trata ya de una legislación consolidada que, en determinadas comunidades autónomas,

²² Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²³ LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, Págs. 61871 a 61889). Ref. BOE-A-2015-8222.

²⁴ Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

está siendo objeto de frecuentes modificaciones para adaptarla a las circunstancias cambiantes del momento²⁵.

La relación de textos normativos autonómicos no va a ser objeto de detalle en el presente trabajo, sin embargo, procede mencionar el correspondiente a nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León²⁶.

LAS CRISIS MATRIMONIALES

En principio, el matrimonio tiene una duración indefinida. Cabe denominar crisis matrimoniales a aquellos supuestos para los que el ordenamiento jurídico admite la ineficacia, disolución o interrupción del matrimonio. Es aquella expresión, en todo caso, producto de elaboración doctrinal, no recogida como tal en el Código Civil, dentro de la cual cabe englobar una pluralidad de hipótesis.

La nulidad del matrimonio, regulada en los artículos 73 a 80 del Código Civil, supone una anomalía en el negocio jurídico matrimonial que impide la eficaz constitución de este, aunque pueda haberse creado una apariencia de validez. Cuando concurre alguna de las circunstancias expresamente previstas en el Código (causas de nulidad), el legitimado para ejercer la acción de nulidad podrá solicitar que los tribunales declaren que el matrimonio era nulo desde el principio.²⁷

Las causas de nulidad del artículo 73 del Código Civil, según las resume MARÍN LÓPEZ²⁸, son las siguientes:

- A)** Ausencia del consentimiento: es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento (artículos 45.1 y 73. 1º CC).
- B)** Vicios del consentimiento: se contemplan expresamente dos hipótesis, error en la persona (artículo 73. 4º CC) y la coacción o miedo grave (artículo 73. 5º CC).

²⁵ ALEMÁN BRACHO, Carmen. Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España. Cit. Pág. 114 y 115.

²⁶ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León. (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2002, Págs. 30657 a 30695). Ref. BOE-A-2002-16590.

²⁷ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nulidad, la separación y el divorcio. En Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia*. 6ª Ed. Madrid. BERCAL, S.A. 2021. Págs. 75 a 101.

²⁸ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nulidad, la separación y el divorcio. Cit. Pág. 76 y 77

- C) Existencia de impedimentos: cuando se ha celebrado el matrimonio con uno o varios impedimentos indispensables o cuando, aun siendo posible la dispensa, esta no se ha obtenido (artículo 73. 2º en relación con los artículos 46 a 48 CC).
- D) Defectos formales: es nulo el matrimonio celebrado sin respetar la forma sustancial, es decir, el contraído sin la intervención del juez de paz, alcalde o concejal, letrado de la administración de justicia, notario o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero o sin la de dos testigos mayores de edad (artículo 73. 3º CC).

La separación matrimonial es aquella crisis matrimonial que se caracteriza por la cesación de la vida en común de los cónyuges, aunque siguen estando casados. En la separación el matrimonio se celebró válidamente y produjo todos sus efectos con normalidad. Se regula en los artículos 81 a 84 del Código Civil y en los artículos 90 y siguientes del CC. Su régimen jurídico se ha visto profundamente afectado por las Leyes 15/2005 y 15/2015 y, en menor medida, por la Ley 8/2021.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, con las modificaciones realizadas sobre el Código Civil, reconoce la posibilidad de separación o divorcio de mutuo acuerdo ante el Letrado de la Administración de Justicia y ante notario, siempre que no existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

La disolución del matrimonio supone la extinción sobrevenida de los efectos del mismo. La disolución no implica irregularidad alguna en la constitución del matrimonio ni niega los efectos producidos mientras el matrimonio mantuvo su validez. El artículo 85 del Código Civil dispone que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.²⁹

El divorcio es una institución legal que permite la disolución del matrimonio en vida de ambos cónyuges, es decir, extingue el vínculo matrimonial.

Una de las novedades más importantes de la Ley 30/1981 fue la introducción en el Código Civil del divorcio como causa de disolución del matrimonio.

²⁹ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nulidad, la separación y el divorcio. Cit. Pág. 95.

La sociedad española se ha transformado aceleradamente en pocos decenios. Los cambios respecto a rupturas matrimoniales y custodias son relativamente recientes. Apenas hace unos años, era obligatorio separarse antes de divorciarse y había que acogerse a unas causas en caso de no existir acuerdo. La custodia compartida casi ni se planteaba. Muchos de estos cambios se concentran en el año 2005.³⁰

El 10 de julio de 2005 entró en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio,³¹ que instaura en España la separación y el divorcio sin causa, esto es, la posibilidad de instar la separación o el divorcio sin necesidad de alegar ni probar una causa justificativa de la ruptura matrimonial. La esencia de la modificación legislativa trata de hacer descansar la separación y el divorcio sobre la mera declaración de voluntad de los cónyuges o incluso de sólo uno de ellos. A ello responde la nueva redacción de los artículos 81 y 86 del Código Civil.

La Ley 15/2005 también da una nueva redacción al artículo 777.5 Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el trámite de audiencia a los menores de edad en los procedimientos judiciales de separación o divorcio de mutuo acuerdo o instados por un cónyuge con el consentimiento del otro.³²

La nulidad, separación o divorcio de un matrimonio provoca una serie de consecuencias de muy variado tipo, tanto entre los propios cónyuges, como en relación con los hijos y con las cosas que comparten (vivienda, bienes, etc.). Las medidas provisionalísimas (denominadas en la LEC medidas provisionales previas a la demanda – artículo 771 de la LEC-), son aquellas que pueden adoptarse en una fase preliminar, incluso antes de haber interpuesto una demanda de nulidad, separación o divorcio. Medidas provisionales son las que pueden adoptarse desde la admisión de la demanda, y que producen efectos mientras se sustancia el procedimiento judicial. Por último, las

³⁰ JIMÉNEZ-CABELLO, J., BECERRIL, D., GARCÍA MORENO, J.M. La relación entre reformas legales y la custodia compartida en España (2007-2017). *Revista Española de Ciencia Política*. 2020. N.º 53. Págs. 119 a 142.

³¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

³² GOIRIENA LEKUE, Agurtzane. La suficiencia del juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio. *Diario La Ley*. 19 de noviembre de 2007. N.º 6823. (Ref. D-248, Editorial LA LEY).

medidas definitivas son las adoptadas por la sentencia que declara la nulidad, separación o divorcio.³³

De otro lado, puede ocurrir que la situación de crisis no se dé en el seno de un matrimonio, sino de una pareja estable en donde haya habido hijos comunes, produciendo el cese de la convivencia la necesidad de regular las obligaciones derivadas de la filiación y adecuarlas a la nueva situación.

Procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo

Los procedimientos de mutuo acuerdo se encuentran únicamente previstos para las peticiones relativas a la separación o divorcio, quedando excluido de los mismos el supuesto de la nulidad, la cual únicamente tendrá cabida a través del procedimiento contencioso.

El artículo 82 del Código Civil regula la separación de mutuo acuerdo estableciendo que: <<1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por el letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. 2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos en la situación a la que se refiere el artículo anterior>>.

Además, el artículo 87 del Código Civil dispone lo siguiente: <<Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura

³³ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nulidad, la separación y el divorcio. Cit. Pág. 103.

pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio>>>.

Como se extrae de los preceptos citados, nuestro ordenamiento jurídico permite dos formas de llevar a cabo la separación o el divorcio de mutuo acuerdo: a través de convenio regulador aprobado en vía judicial o a través de convenio regulador elevado a escritura pública.

El convenio regulador

El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos como atípicos³⁴; en él intervienen los particulares y la autoridad judicial y tiene por finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis del matrimonio, incluyendo una serie de pactos entre los cónyuges cuyo contenido mínimo está integrado por las medidas relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas, atribución del uso de vivienda familiar, alimentos y cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico matrimonial y pensión compensatoria.

El artículo 90 del Código Civil relaciona el contenido mínimo sobre el que debe versar el convenio y que debe consistir en:

- 1) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- 2) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- 3) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- 4) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- 5) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- 6) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

³⁴ STS 59/2022, de 31 de enero. Sala de lo Civil. Rec. 5189/2021. (ECLI:ES:TS:2022:358).

El artículo 90 del CC³⁵ ha sido modificado con efectos de 05/01/2022, añadiendo la regulación sobre los animales de compañía, tras la publicación de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales³⁶. Así, el convenio debe incluir *«El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal»*.

Los procedimientos contenciosos de nulidad, separación y divorcio

El artículo 771 de la LEC reconoce al cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, la facultad de solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio antes de instar la pertinente demanda, lo que se conoce como medidas provisionalísimas o medidas provisionales previas a la demanda³⁷.

Así se contemplan en los mencionados artículos 102³⁸ y 103³⁹ del Código Civil:

- 1) Cesación de la presunción de convivencia.
- 2) Revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.
- 3) Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por estos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos,

³⁵ Artículo 90 del Código Civil. Ref. BOE-A-2021-10727.

³⁶ Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2021, Págs. 154134 a 154143). Ref. BOE-A-2021-20727.

³⁷ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso. Aspectos relevantes de la custodia en los procesos de familia. Análisis normativo y jurisprudencial*. 2ª Edición. A Coruña (Galicia). Ed. Colex, S.L. 2022.

³⁸ Artículo 102 CC. Se modifica por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Ref. BOE-A-1981-16216.

³⁹ Artículo 103 CC. Se añade la medida 1.ª bis por el art. 1.5 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021. Ref. BOE-A-2021-20727.

a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

En caso de existir riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas, podrán adoptarse las medidas necesarias: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

- 4) Determinar si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno, en atención al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal.
- 5) Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección. También podrán determinarse las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.
- 6) Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las litis expensas, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge ha de abonar al otro. Aclara el propio artículo que se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.
- 7) Señalar los bienes gananciales o comunes que se hayan de entregar a uno u otro cónyuge, previo inventario, y las reglas que deban observarse en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.
- 8) Determinar el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que, por capitulaciones o escritura pública, estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio cuando proceda.

Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo, salvo la revocación de consentimientos y poderes que se entiende definitiva según el artículo 106 del CC⁴⁰. Dichas medidas solo subsistirán si se presenta la demanda ante el juez o tribunal competente dentro de los 30 días siguientes a su adopción, tal y como establece el artículo 104 del CC⁴¹.

Presentada la solicitud, el letrado de la Administración de Justicia citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes.

Las medidas derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, reguladas en el artículo 773 de la LEC⁴², se pueden solicitar en la demanda siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad, pudiendo presentar a aprobación del tribunal el acuerdo al que hubieren llegado las partes sobre este extremo.

Las medidas provisionales sirven para paliar temporalmente los efectos de una situación espontánea, que requiere una serie de regulaciones tanto familiares como económicas y de administración. Así, estas medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

En caso de pretender la nulidad matrimonial o en caso de falta de acuerdo de los cónyuges en la solicitud de separación o divorcio, se debe atender a las reglas del artículo 770 de la LEC. El proceso por el que se tramitará será el juicio verbal regulado en los artículos 437 a 447 de la LEC.

El procedimiento se inicia con la demanda presentada por uno de los cónyuges, debiendo cumplir ésta los requisitos establecidos en el artículo 399 de la LEC. Contestada

⁴⁰ Artículo 106 CC: *Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva.* Ref. BOE-A-1981-16216.

⁴¹ Artículo 104 CC: *El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores. Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente.* Ref. BOE-A-1981-16216.

⁴² Se modifican las referencias a “Secretarios judiciales” por la disposición adicional 1ª de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Ref. BOE-A-2015-8167.

la demanda, el letrado de la Administración de Justicia citará a las partes a la correspondiente vista.

Si se estimare necesario, de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, estos últimos podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos, en todo caso, si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando. Se garantizará por la autoridad judicial que las audiencias con los hijos menores o mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando, excepcionalmente, el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

El Ministerio Fiscal, al intervenir en estos procedimientos, puede proponer las medidas que considere convenientes para la protección de los menores.

En la sentencia el tribunal resolverá sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto a posteriori. Cuando no exista acuerdo o cuando este no sea aprobado, el tribunal debe determinar en la sentencia las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas.

LA PATRIA POTESTAD

Las relaciones paternofiliales 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.⁴³

⁴³ DIEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil: Derecho de familia*. 11ª Ed. Madrid. Ed. Tecnos, 2012. Pág. 264.

Se puede definir el concepto de patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que los padres tienen para, con y sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias tanto para su asistencia como formación.⁴⁴

Según ALBALADEJO⁴⁵, podemos definir la patria potestad como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

Según DE PINA, la patria potestad es el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen, destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.⁴⁶

La patria potestad, como su propio nombre indica, se trata de una potestad, en la medida en que debe ejercerse en beneficio y para la satisfacción del interés de otras personas (los hijos menores no emancipados). Se puede definir como el poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer su asistencia integral.⁴⁷

La Constitución de 1978 exigía una reforma que garantizase el respeto de los derechos y personalidad del hijo, así como la equiparación de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad. A ella responde la Ley 11/1981, que tuvo tres objetivos básicos en esta materia: 1) atribuir la patria potestad tanto a la madre como al padre; 2) establecer un principio básico de respeto a la personalidad de hijo; y 3) acentuar la intervención y vigilancia del juez en interés del hijo⁴⁸.

La reforma operada por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, sienta unos principios en cuanto al *statu quo* del menor, consolidados por la reforma contenida en la Ley 26/2015, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que posibilitan la adopción de nuevas medidas y amplían el derecho de los menores a relacionarse con los parientes, incluyendo expresamente a los hermanos.⁴⁹

⁴⁴ GARCÍA GÓMEZ, Virginia. Estudio sobre la custodia compartida. *Revista jurídica de estudiantes de la universidad de Córdoba*. Vol. 1. 2018.

⁴⁵ Citado por VELA SÁNCHEZ, Antonio J. Derecho Civil para el Grado IV. Derecho de Familia. 2ª Ed. Madrid. Ed. Dykinson. 2016. Págs. 103 a 109.

⁴⁶ DE PINA, Rafael y otro. *Diccionario de Derecho*. Ed. Porrúa. México. 1991. Pág. 399

⁴⁷ ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. En Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Manual de Derecho civil: Derechos de familia*. 6ª Ed. Madrid. BERCAL, S.A. 2021. Págs. 257 a 271.

⁴⁸ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ref. BOE-A-1981-11198. Pág. 2.

⁴⁹ ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. Cit. Pág. 257 y 258.

A las anteriores normas hay que añadir la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la ley civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en ejercicio de su capacidad jurídica.

El artículo 154 del Código Civil comienza disponiendo que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre y añade en el párrafo segundo que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad.⁵⁰

Los caracteres de la patria potestad son los siguientes:

Es intransmisible, puesto que tiene su origen en las relaciones paternofiliales, está fuera del comercio de los hombres y no puede ser objeto de cesión.

Es irrenunciable, puesto que viene impuesta *ex lege* con carácter imperativo.

Es imprescriptible, lo cual no es óbice para que el ejercicio negligente de la misma pueda dar lugar a su extinción.⁵¹

El artículo 154 del Código Civil⁵² determina 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. Además, dicho precepto establece las notas, los deberes y facultades de los padres.

La patria potestad se concibe actualmente como una potestad dual, de ejercicio conjunto de los progenitores, independientemente de que exista o no matrimonio entre

⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al. *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV: Familia*. Cuarta Edición. Madrid: Dykinson. 2010. Págs. 386 a 414.

⁵¹ ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. Cit. Pág. 258.

⁵² Artículo 154 CC: *Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º 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. Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. 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. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.* Ref. BOE-A-2021-9347.

los mismos. Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se suprimen las referencias al padre y a la madre, y se sustituyen por el término progenitores.

El artículo 156 del Código Civil⁵³ establece que la patria potestad será ejercida de manera conjunta por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.⁵⁴

El ejercicio de la patria potestad por uno solo de los titulares es excepcional y cabe en los siguientes supuestos⁵⁵:

- A) Cuando los actos relativos a los hijos sean realizados por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.
- B) Cuando se trate de actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.
- C) Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor. Será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación.
- D) Causas que pueden prolongarse en el tiempo, no coyunturales, y que impiden objetivamente el ejercicio conjunto. Se trata de situaciones de ausencia o imposibilidad.
- E) Por último, se recoge el supuesto de que los progenitores vivan separados, en cuyo caso la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin perjuicio de que la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, y ponderando lo que resulte mejor para el hijo, pueda atribuir al

⁵³ Artículo 156 CC: *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.* Ref. BOE-A-2021-9233.

⁵⁴ REYES CANO, Paula. La patria potestad a examen ante la violencia de género. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Año 2017. Vol. 51. Págs. 335 a 356.

⁵⁵ ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. Cit. Pág. 259.

solicitante la patria potestad para que la ejerza juntamente con el otro progenitor, o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

Prevé el artículo 156. 3º del Código Civil, que, en caso de desacuerdo entre los cotitulares de la patria potestad, el remedio primero y directo será la instancia judicial, es decir, es el juez quien resuelve en estos casos a petición de cualquiera de los cotitulares.⁵⁶

En el supuesto de que los padres vivan separados, hay que añadir lo dispuesto en el artículo 159 del Código Civil⁵⁷, en virtud del cual, a falta de acuerdo entre los progenitores, la autoridad judicial decidirá al cuidado de cuál de ellos quedarán los hijos menores de edad. La autoridad judicial oirá a los hijos que tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años antes de adoptar la medida.

Hay también supuestos en los que el ejercicio exclusivo de la patria potestad tiene su origen en la situación excepcional de titularidad individual. Así ocurre⁵⁸:

- A) Cuando la filiación solo ha sido determinada respecto de uno de los progenitores o haya un solo adoptante.
- B) Cuando, aún determinada respecto de los dos, concurren las circunstancias del artículo 111 CC, a cuyo tenor quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas, y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor que: 1) haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal firme; 2) se haya opuesto al reconocimiento de la filiación judicialmente determinada.
- C) Cuando uno de los progenitores haya fallecido o haya sido declarado ausente.
- D) Cuando uno de los progenitores haya sido privado de la patria potestad (artículo 170 CC).

Los deberes de los progenitores en la patria potestad respecto a los menores son: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes; decidir su lugar de residencia

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al. *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV: Familia*. Cit. Pág. 391.

⁵⁷ Artículo 159 CC: *Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.*

⁵⁸ ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. Cit. Pág. 261.

habitual, que sólo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.⁵⁹

LA GUARDA Y CUSTODIA

La guarda y custodia puede definirse como el ejercicio efectivo y cotidiano de las facultades y deberes que integran la patria potestad.

En situación normal de convivencia de los progenitores, estén o no casados, la guarda y custodia pertenece a ambos conjuntamente, pues a ellos corresponde también por regla general la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados, cualquiera que sea su filiación (matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos).

Al enumerar el artículo 154. 1º del Código Civil⁶⁰ los deberes y facultades que comprende la patria potestad, incluye “*tenerlos en su compañía*”, así como “*educarlos y procurarles una formación integral*”.⁶¹

Ahora bien, en las situaciones de conflicto entre los progenitores, las decisiones judiciales sobre la guarda y custodia de los hijos constituyen una cuestión especialmente compleja porque no sólo requieren una decisión justa y equilibrada respecto de los progenitores, sino también – y fundamentalmente -, que ésta sea adoptada en interés del menor o menores afectados.

Los distintos tipos de custodia que pueden ser atribuidos tras la ruptura de los progenitores son los siguientes⁶²:

- A) Custodia exclusiva:** implica la atribución de la custodia a uno de los padres/madres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos.

⁵⁹ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 19.

⁶⁰ Artículo 154. 1º CC: *Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

⁶¹ GALLARDO, Bernardo Eugenio Cruz. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Tesis Doctoral. Universidad de Córdoba. Año 2011.

⁶² CATALÁN FRÍAS, María José, et al. La custodia compartida. *Revista Derecho y Criminología*. 2011. N.º 1.

B) Custodia compartida: ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño. El padre/madre con el que el niño reside en cada momento (periodos anuales, mensuales, semanales, etc.) debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc.

LA CUSTODIA EXCLUSIVA

La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores ha sido a lo largo de estos años una de las cuestiones centrales en los supuestos de crisis de pareja, tanto matrimoniales (separación, nulidad y divorcio) como no matrimoniales. Principalmente, supone la designación del miembro de la pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos y, en definitiva, permitiendo al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con sus descendientes. En la práctica, y como consecuencia indisolublemente unida a lo anterior, el cónyuge beneficiario de la custodia lo será también en lo que a la atribución de la vivienda familiar se refiere, a lo que habrá que sumar el carácter de acreedor de la pensión de alimentos.⁶³

La guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental, supone que, tras el cese de la convivencia conyugal, la guarda y custodia de los hijos corresponde solo a uno de los cónyuges, a pesar de que ambos ejerzan la patria potestad de manera conjunta. Tratándose pues de un sistema de guarda exclusiva, se atribuye la guarda a uno de los cónyuges y se otorga al cónyuge no guardador el derecho de visitarlos y tenerlos en su compañía. Este régimen de guarda y custodia se establece mediante sentencia judicial, pero también por solicitud de los padres, bien por propuesta de convenio regulador, bien por haber alcanzado dicho acuerdo en el transcurso del procedimiento⁶⁴.

En la década de los ochenta la jurisprudencia es prácticamente unánime atribuyendo la guarda y custodia de los hijos menores en exclusiva a la madre, en combinación con un derecho de visitas reducido para el padre (entre otras, STS de 11 de octubre de 1982⁶⁵ y STS de 9 de marzo de 1989). En la década de los noventa, algunas

⁶³ GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2015. *Revista Jurídica Castilla y León*. 2006. Vol. 8. Págs. 69 a 105.

⁶⁴ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 87.

⁶⁵ STS, N.º 398/1982, de 11 de octubre de 1982. Sala 1ª de lo Civil. (ES:TS:1982:1161).

resoluciones aisladas comienzan a reconocer la idéntica aptitud de los padres como progenitores custodios⁶⁶.

Actualmente, desde que el Tribunal Supremo estableció doctrina jurisprudencial considerando la guarda y custodia compartida como medida idónea y adecuada a los hijos e hijas y no como una medida excepcional, son múltiples los casos en que se establece este régimen de custodia compartida. Sin embargo, la realidad es que no siempre es posible acordar este régimen y en no pocas ocasiones solo cabe atribuir la guarda y custodia exclusiva a un progenitor.

Guarda y custodia exclusiva por voluntad expresa de las partes

El artículo 92.4 del Código Civil⁶⁷ establece que los padres podrán acordar en el convenio regulador que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Es posible que en el momento en que se produce la crisis matrimonial, ambos progenitores convengan de mutuo acuerdo que lo más conveniente sea que la guarda y custodia se ejerza por un solo progenitor, con acuerdo de un régimen de visitas en favor del otro, algo que sucede, como así refleja la casuística, cuando el menor cuenta con escasa edad o cuando los progenitores, ante la ruptura, deben trasladar su residencia a otro lugar, lo que les lleva a fijar este tipo de custodia por medio de convenio regulador⁶⁸.

Conviene mencionar que sería posible solicitar mediante una modificación de medidas la custodia compartida aunque previamente se haya acordado de mutuo acuerdo la custodia monoparental, siempre que las circunstancias y el interés del menor así lo aconsejan, como sucede en el supuesto contemplado en la STS 124/2019, de 26 de febrero⁶⁹.

⁶⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos... Cit. Pág. 76.

⁶⁷ Artículo 92.4 CC: *Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.*

⁶⁸ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso.* Cit. Pág. 89.

⁶⁹ STS, N.º 124/2019, de 26 de febrero de 2019. Sala 1ª de lo Civil. (ECLI:ES:TS:2019:647).

Adopción de la guarda y custodia exclusiva por exclusión de la compartida

Tres pueden ser las circunstancias para acordar el régimen de guarda exclusiva en vez de la custodia compartida, recordando, según palabras del Tribunal Supremo, que es esta última la medida idónea y adecuada para los hijos o hijas:

- 1) No se solicita por ninguno de los progenitores la guarda y custodia compartida.
- 2) No procede la guarda y custodia compartida a criterio del juez.
- 3) Por imperativo legal, exclusión de la custodia compartida en casos de violencia.

En primer lugar, procederá la guarda exclusiva cuando no se solicite por ninguno de los progenitores la guarda y custodia compartida. El artículo 92 del Código Civil, en sus apartados 5 y 8, establece las posibilidades por las que procede acordar la guarda y custodia compartida: cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento; o bien, excepcionalmente, aun cuando no se den las circunstancias establecidas en el apartado anterior, el juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, acuerde la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación con los hijos, en el sistema del Código Civil, para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición por parte de alguno de los progenitores.

En segundo lugar, el juez acordará la guarda y custodia monoparental cuando considere que no procede la guarda y custodia compartida. El Juez, a fin de resolver tal cuestión, se sirve de diversos criterios orientadores. Señala el artículo 92.6 del Código Civil que, en todo caso, el juez, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, deberá:

- 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.
- Valorar las alegaciones de las partes.
- Valorar la prueba practicada.

- Valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

En consecuencia, el juez otorgará la guarda y custodia a aquel progenitor que ofrezca las mejores garantías para la satisfacción de las necesidades de los hijos/hijas y mejor pueda proveerlo de todo lo que precise para su correcto desarrollo personal en el día a día, dando siempre prioridad en la toma de sus decisiones cotidianas al interés superior del/la menor y a la protección de este⁷⁰.

Por último, procederá el régimen de custodia exclusiva por imperativo legal cuando se excluya la custodia compartida en casos de violencia.

En el artículo 92. 7 del CC⁷¹ se recoge un supuesto concreto de exclusión del régimen de custodia compartida en beneficio del sistema de custodia monoparental, cuando cualquiera de los padres/madres se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por intentar 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. Así como 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. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales o la amenaza de causarlos como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

Régimen de visitas y derecho de comunicación con el progenitor no custodio

El régimen de visitas del progenitor no custodio se encuentra regulado en los artículos 94 y 160 del Código Civil.

El artículo 94 del CC⁷² establece que la autoridad judicial deberá determinar el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

⁷⁰ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 98.

⁷¹ Artículo 92. 7 CC. Se modifica el apartado 7 por el art. 1.3 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021. Ref. BOE-A-2021-20727. Con la modificación, en vigor desde el 05/01/2022, se incluye también los malos tratos a los animales, como supuesto de exclusión de la custodia compartida.

⁷² Artículo 94 CC. Se modifica, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.10 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Ref. BOE-A-2021-9233.

La actual redacción del artículo 160 del CC⁷³, dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, indica con toda claridad que el titular de este derecho es el menor, lo que supone una enorme modificación en el enfoque y encuadre de este derecho en relación con la redacción anterior de este mismo artículo, que venía a recoger como titulares del mismo a los progenitores.

Por tanto, el derecho de visitas ha de ser configurado como un derecho/obligación entendido en sentido amplio del progenitor no custodio (abarcaría el derecho de comunicarse y el derecho a visitas *stricto sensu*), siempre y cuando ello beneficie el desarrollo personal de los hijos e hijas, pues el juez, con el objeto de salvaguardar siempre el interés superior de los menores, podrá determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, pudiendo limitarlo o suspenderlo si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen⁷⁴.

En los procesos de separación, divorcio y medidas paternofiliales de mutuo acuerdo, este derecho/deber del progenitor no custodio será el consensuado por los progenitores en el convenio regulador que acompañe a la demanda (artículo 90.1 del CC⁷⁵ en relación con el artículo 777 de la LEC).

No existiendo acuerdo entre los progenitores, se seguiría el procedimiento establecido en el artículo 770 de la LEC, según el cual, será el juez quien decida las medidas. Así, una vez practicada la prueba útil y pertinente propuesta por los progenitores o el Ministerio Fiscal y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar, el tribunal determinará en la sentencia las medidas en relación con los hijos menores o mayores con discapacidad que precisen apoyo. En estos casos, el artículo 770. 4 de la LEC⁷⁶, en su párrafo tercero, establece que, si se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad.

⁷³ Artículo 160 CC. Se modifica por el art. 2.10 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Ref. BOE-A-2015-8470.

⁷⁴ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 113.

⁷⁵ Se añade la letra b) bis al apartado 1 por el art. 1.1 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021. Ref. BOE-A-2021-20727.

⁷⁶ Artículo 770.4 LEC. Se modifica la regla 4ª y se añade la 8ª, con efectos desde el 3 de septiembre de 2021, por el art. 4.21 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Ref. BOE-A-2021-9233.

Tanto en un caso como en el otro, el juez resolverá siempre con el objeto de salvaguardar el interés superior del menor, comprobando que lo propuesto por los progenitores o lo definitivamente acordado por él en la sentencia es la mejor opción para la consecución y protección del hijo en todos los aspectos que puedan afectar a su normal desarrollo.

La autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos de visita, comunicaciones y estancias cuando se den circunstancias que así lo aconsejen, o cuando se incumplan grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial (artículo 94 del CC). Tampoco procederá el establecimiento de estos derechos, o si ya estuviesen establecidos se suspenderán, respecto del progenitor que se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, así como cuando la autoridad judicial, a la vista de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas⁷⁷.

No procede en todos los casos de violencia de género o doméstica la suspensión o el no establecimiento de estos derechos, pues en los casos de procesos penales en curso, o de la existencia de indicios, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, comunicaciones y estancias en resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. Sin embargo, no procederá el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o definitiva por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos de violencia doméstica o de género⁷⁸.

Hay una serie de circunstancias o factores que los tribunales tienen en cuenta a la hora de fijar el régimen de visitas, comunicaciones y estancias a favor del progenitor no custodio, tales como: situación personal, laboral, económica y profesional de los progenitores; régimen de visitas y distancia entre los domicilios de los progenitores; la edad de los hijos, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus

⁷⁷ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 115.

⁷⁸ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 115.

costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de éste para atenderlos; la opinión de los hijos⁷⁹.

El derecho de los abuelos a visitar a sus nietos en el régimen de visitas

Nuestro ordenamiento jurídico recoge el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos en el artículo 160.2 del Código Civil⁸⁰, que debe ponerse en relación con el artículo 94 del mismo cuerpo legal.

Este derecho de visitas o derecho a relacionarse con sus nietos no es un derecho incondicionado basado en los meros vínculos de consanguinidad, sino que está supeditado al interés y beneficio del menor. Entiende el Tribunal Supremo que no es posible impedir el derecho de los niños al contacto con sus abuelos únicamente por la falta de entendimiento de estos con sus progenitores, pero que sí es posible denegarlo si existe una justa causa⁸¹.

Rige en la materia un criterio de flexibilidad en orden a conceder cierta libertad a los órganos jurisdiccionales en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. Si bien de las decisiones emanadas de los tribunales de nuestro país podemos relacionar algunas causas que podrían conllevar su anulación, como son: la ausencia de vínculo afectivo, la conducta de los abuelos en relación con sus manifestaciones hacia los progenitores, la existencia de problemas realmente graves entre los progenitores y los abuelos (denuncias, malos tratos, abusos, etc.).

Régimen de visitas a través de los puntos de encuentro

Cuando las circunstancias así lo exijan, el juez podrá acordar la intervención del punto de encuentro en la ejecución del régimen de visitas establecido.

⁷⁹ STS, N.º 301/2017, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1902); SAP Baleares, N.º 272/2019, de 22 de julio (ECLI:ES:APIB:2019:1770); STC, de 9 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:64).

⁸⁰ Artículo 160.2 CC: *No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.* Se modifica por el art. 2.10 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Ref. BOE-A-2015-8470.

⁸¹ STS, N.º 689/2011, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:6491).

Los puntos de encuentro familiar (PEF) aparecen definidos en el Documento Marco de Mínimos para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, de 13 de noviembre de 2008⁸², como un recurso social especializado para la intervención en aquellas situaciones de conflictividad familiar en las que la relación de los menores con algún progenitor o miembro de su familia se encuentra interrumpido o es de difícil desarrollo. Esta intervención es de carácter temporal, desarrollada por profesionales en un lugar neutral y tiene como objetivo principal la normalización de la situación conflictiva, siguiendo en todo caso las indicaciones que establezca la autoridad judicial o administrativa competente y garantizando el interés y la seguridad de los menores y de los miembros de la familia en conflicto.

El equipo técnico estará compuesto por personal con diferentes perfiles profesionales de las ramas psicológicas, sociales, jurídicas y educativas, contando con formación específica y, al menos, el coordinador deberá acreditar experiencia en el ámbito de su actuación, tal y como recoge el Documento Marco de Mínimos para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar.

Los tipos de intervención que se realizan en los puntos de encuentro familiar son variados y pueden ser de mayor o menor injerencia dependiendo del caso concreto y de las medidas necesarias a adoptar, siempre con el objeto de velar por la protección y seguridad integral del menor. A modo de ejemplo, los tipos de intervención de este servicio pueden ser: entregas y recogidas de los/las menores, visitas tuteladas y visitas supervisadas.

LA CUSTODIA COMPARTIDA

Concepto y principios.

Si hablamos de guarda y custodia compartida, entendemos, según FABIOLA LATHROP, que se trata de «un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos,

⁸² Documento Marco de Mínimos para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de la Infancia y Familias el día 13 de noviembre de 2008.

pudiendo, en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados». ⁸³

ORTUÑO MUÑOZ ha elaborado otro concepto de guarda y custodia compartida más detallado: «aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y 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». ⁸⁴

Principio de interés superior del menor: como norma suprema de todo el ordenamiento que debe regir cualquier decisión que se tome respecto a los hijos menores. Es uno de los principios de orden público del ordenamiento jurídico español, por ello, su valoración para determinar si la guarda y custodia es apropiada para el menor, es fundamental. Este principio es prevalente a cualquier otro con el que pudiera entrar en conflicto. Sin embargo, el Código Civil español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. ⁸⁵

Principio de corresponsabilidad parental: este principio se refiere a la igualdad de derechos y deberes entre los dos progenitores respecto de los hijos. Dicho principio ha sido recogido tanto por normas internacionales ⁸⁶, como por el derecho comunitario ⁸⁷. En

⁸³ Citado por CASADO CASADO, Belén. Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial. *Diario La Ley*. 13 de abril de 2018. Nº. 9177, Sección Dossier.

⁸⁴ Citado por CASADO CASADO, Belén. Custodia compartida y corresponsabilidad parental... Cit. Pág. 4.

⁸⁵ STS, Sala 1ª, n.º 623/2009, de 8 de octubre de 2009. (Rec. 1471/2006). (*Diario LA LEY*, 192180/2009).

⁸⁶ La Convención para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; el Protocolo Adicional n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984; la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989; y el Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

⁸⁷ Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

España este principio puede deducirse de la previsión constitucional del artículo 39.3 de la CE⁸⁸, que obliga a los progenitores a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. En el Código Civil la vinculación del principio de corresponsabilidad parental a los supuestos de ruptura matrimonial está recogido implícitamente en el artículo 92.1⁸⁹. También se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, que prevé que los progenitores procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad. Asimismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, recoge expresamente el principio de corresponsabilidad parental en su artículo 14.8⁹⁰

Principio de coparentalidad: se puede definir como el derecho que tienen los hijos a mantener una relación fluida y estable con sus dos progenitores con independencia de la ruptura matrimonial de éstos. Dicho principio ha sido recogido en el derecho internacional. Especialmente relevantes son los artículos 7.1 y 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, estableciendo el derecho del niño a ser cuidado por ambos progenitores y el derecho de los menores a mantener relaciones personales y tener contacto directo con sus padres. En el derecho comunitario procede destacar el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho de los menores a mantener relaciones personales y tener contacto directo con sus padres. En nuestro ordenamiento interno destaca la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la cual señala que cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos.

Principio de igualdad de los padres en sus responsabilidades parentales: la custodia compartida favorece la igualdad efectiva y material entre hombres y mujeres, ya que los menores se relacionan por igual con ambos progenitores, y, en consecuencia,

⁸⁸ Artículo 39.3 CE: *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

⁸⁹ Artículo 92.1 CC: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*

⁹⁰ Artículo 14.8 LO 3/2007, de 22 de marzo: *A los fines de esta ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.*

ambos estarán situados en pie de igualdad en cuanto a la responsabilidad parental que conlleva la convivencia continuada con los hijos.

Evolución legislativa y jurisprudencial.

La regulación de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico español es fruto de la Ley 15/2005, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Es el artículo 92 del Código Civil⁹¹ el que contempla la guarda y custodia compartida; Pertenece al Título IV (Del matrimonio), Capítulo IX, que regula los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio. Dicho precepto hace posible que los progenitores puedan, de común acuerdo, implicarse en el cuidado de los hijos, dándoles

⁹¹ Artículo 92 CC: *1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión. 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando 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. 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentarse 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. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. 9. 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. 10. El Juez adoptará, al acordar fundamentalmente 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.*

la posibilidad de que se acojan a su propio convenio regulador sobre la guarda y custodia compartida, teniendo en cuenta siempre el interés prioritario del menor.⁹²

Además de la legislación estatal sobre custodia compartida, algunas de las Comunidades Autónomas con derecho foral han regulado esta materia por su propia cuenta. Es el caso de Aragón, Cataluña o Navarra, que, en sus respectivas leyes, establecen la custodia compartida como opción deseable y en ocasiones preferente:

- 1) La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Derecho foral de Aragón⁹³.
- 2) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y familia⁹⁴.
- 3) La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, Comunidad Foral de Navarra.⁹⁵

A continuación, se procede a realizar un breve análisis jurisprudencial de la tendencia seguida por el Tribunal Supremo a la hora de otorgar o denegar la custodia compartida.

En la **STS de 8 de octubre de 2009**⁹⁶, el Tribunal Supremo otorga la custodia compartida argumentando que la misma debe conceptuarse como una nueva realidad y que, desde luego, no es un premio o un castigo hacia un determinado progenitor. Entiende el alto Tribunal que el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar la custodia compartida siempre en interés del menor y que resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

⁹² CARDOSO RAMÍREZ, Miguel Ángel, et al. *Análisis del régimen de la guarda y custodia compartida de los hijos menores*. Trabajo de fin de grado. Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna. Tenerife. 2020.

⁹³ Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Comunidad Autónoma de Aragón. (BOE núm. 151, de 22 de junio de 2010). Ref. BOE-A-2010-9888.

⁹⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Comunidad Autónoma de Cataluña. (DOGC núm. 5686, de 05/08/2010, BOE núm. 203, de 21/08/2010). Ref. BOE-A-2010-13312.

⁹⁵ Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Comunidad Foral de Navarra. (BOE núm. 87, de 12/04/2011). Ref. BOE-A-2011-6554.

⁹⁶ STS, Sala 1ª, n.º 623/2009, de 8 de octubre de 2009. (Rec.1471/2006). (*Diario LA LEY*, 192180/2009).

La **STS de 1 de octubre de 2010**⁹⁷ se pronuncia en el sentido de que el criterio fundamental para otorgarla es el interés del menor, que debe basarse en razones objetivas. Entiende que el informe del MF o el informe psicosocial no son vinculantes, y que en los procesos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor no rige el principio dispositivo.

La **STS de 29 de abril de 2013**⁹⁸ declara que la custodia compartida no es una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. También recoge los criterios de atribución: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, el número de hijos, el cumplimiento por los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada.

Por otro lado, la **STS de 19 de julio de 2013**⁹⁹ entiende que prima el interés del menor, y que ni el artículo 92 del Código civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, lo definen ni determinan. Exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, que sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

En la **STS, de 16 de febrero de 2015**¹⁰⁰ entiende el Tribunal Supremo que procede la custodia compartida porque se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y se estimula la cooperación de los padres en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

⁹⁷ STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010. (Rec. 681/2007). (*Diario LA LEY*, 165754/2010).

⁹⁸ STS, Sala 1ª, n.º 257/2013, de 29 de abril de 2013. (Rec. 2525/2011). (*Diario LA LEY*, 37196/2013).

⁹⁹ STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2013. (Rec. 2964/2012). (*Diario LA LEY*, 118670/2013).

¹⁰⁰ STS, Sala 1ª, de 16 de febrero de 2015. (Rec. 890/2014). (*Diario LA LEY*, 10275/2015).

La **STS de 4 de febrero de 2016**¹⁰¹ deniega la custodia compartida a un padre condenado por un delito de violencia de género contra la que fue su pareja y madre de los niños. Sostiene el Tribunal Supremo que los hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia del que son también víctimas directa o indirectamente y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno les colocaría en una situación de riesgo. Es doctrina del Tribunal Supremo que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al 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.

La **STS de 29 de marzo de 2021**¹⁰² deja sin efecto el régimen de custodia compartida establecido en la sentencia recurrida y se atribuye la misma en exclusiva a la madre. El padre fue condenado por un delito de maltrato habitual y por un delito continuado de vejaciones injustas. El Tribunal entiende que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial.

De los anteriores pronunciamientos podría extraerse como doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida la siguiente:

La Sala se muestra inequívocamente a favor de la custodia compartida como mecanismo para mantener vivos los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones entre los progenitores con sus hijos.

¹⁰¹ STS, Sala 1ª, n.º 36/2016, de 4 de febrero de 2016. (Rec. 3016/2014). (*Diario LA LEY*, 1554/2016).

¹⁰² STS, Sala 1ª, n.º 175/2021, de 29 de marzo de 2021. (Rec. 3110/2019). (*Diario LA LEY*, 16032/2021).

- A)** La adopción de la custodia compartida está condicionada por el interés y beneficio de los menores y es adecuada en tanto que: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos progenitores, 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. En este sentido, cabe citar las sentencias 433/2016, de 27 de junio¹⁰³; 526/2016, de 12 de septiembre¹⁰⁴; 545/2016, de 16 de septiembre¹⁰⁵; 413/2017, de 27 de junio¹⁰⁶; 442/2017, de 13 de julio¹⁰⁷; y 654/2018, de 30 de noviembre¹⁰⁸, entre otras.
- B)** No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. En este sentido, las sentencias 526/2016, de 12 de septiembre¹⁰⁹; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre¹¹⁰; 559/2016, de 21 de septiembre¹¹¹, entre otras.
- C)** Con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres/madres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece más beneficioso para ellos. En este sentido, las sentencias 386/2014, de 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio¹¹²; 311/2020, de 16 de junio¹¹³; y 559/2020, de 26 de octubre¹¹⁴, entre otras.
- D)** Son criterios determinantes para su procedencia: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los

¹⁰³ STS, Sala 1ª, n.º 433/2016, de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3145).

¹⁰⁴ STS, Sala 1ª, n.º 526/2016, de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045).

¹⁰⁵ STS, Sala 1ª, n.º 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4089).

¹⁰⁶ STS, Sala 1ª, n.º 413/2017, de 27 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2572).

¹⁰⁷ STS, Sala 1ª, n.º 442/2017, de 13 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2840).

¹⁰⁸ STS, Sala 1ª, n.º 654/2018, de 30 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4044).

¹⁰⁹ STS, Sala 1ª, n.º 526/2016, de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045).

¹¹⁰ STS, Sala 1ª, n.º 553/2016, de 20 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:553).

¹¹¹ STS, Sala 1ª, n.º 559/2016, de 21 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:559).

¹¹² STS, Sala 1ª, n.º 393/2017, de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2508).

¹¹³ STS, Sala 1ª, n.º 311/2020, de 16 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2197).

¹¹⁴ STS, Sala 1ª, n.º 559/2020, de 26 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3561).

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. En este sentido, las sentencias 242/2016, de 12 de abril¹¹⁵; 396/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre¹¹⁶; 559/2016, de 21 de septiembre¹¹⁷; 116/2017, de 22 de febrero¹¹⁸; y 311/2020, de 16 de junio¹¹⁹, entre otras muchas.

- E)** La estabilidad que tenía el menor en la situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida, como recogen las sentencias 433/2016, de 27 de junio¹²⁰; 166/2016, de 17 de marzo¹²¹; 9/2016, de 28 de enero¹²², entre otras.
- F)** Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes, como exponen las sentencias 545/2016, de 16 de septiembre¹²³; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero¹²⁴, entre otras. Por otra parte, la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia tampoco justifica *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a sus hijos menores, causándoles perjuicio. Así la sentencia 433/2016, de 27 de junio¹²⁵.

¹¹⁵ STS, Sala 1ª, n.º 242/2016, de 12 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1636).

¹¹⁶ STS, Sala 1ª, n.º 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4089).

¹¹⁷ STS, Sala 1ª, n.º 559/2016, de 21 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:559).

¹¹⁸ STS, Sala 1ª, n.º 116/2017, de 22 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:576).

¹¹⁹ STS, Sala 1ª, n.º 311/2020, de 16 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:311).

¹²⁰ STS, Sala 1ª, n.º 433/2016, de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3145).

¹²¹ STS, Sala 1ª, n.º 166/2016, de 17 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1287).

¹²² STS, Sala 1ª, n.º 9/2016, de 28 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:149).

¹²³ STS, Sala 1ª, n.º 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4089).

¹²⁴ STS, Sala 1ª, n.º 23/2017, de 17 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:161).

¹²⁵ STS, Sala 1ª, n.º 433/2016, de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3145).

Criterios para la adopción de la custodia compartida.

Como criterios judiciales de atribución de la guarda, el Juez viene atendiendo, entre otros, a la edad de los hijos, su estabilidad personal y emocional, razones de estudios, tiempo disponible de cada uno de los progenitores, así como a evitar la separación de los hermanos¹²⁶.

- 1) Edad de los hijos: la jurisprudencia establece que los más pequeños continúan quedando bajo la custodia materna, criterio imperativo en los supuestos de menores lactantes, siendo habitual la fijación de un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones encaminadas al mantenimiento de los vínculos paternos -salvo que medien circunstancias objetivas que lo desaconsejen-. Este tipo de medidas no pueden ser entendidas como una violación del principio de igualdad de sexo consagrado en el artículo 14 de la CE, tal y como sostiene el Tribunal Supremo (STS 590/2003, de 9 de junio¹²⁷). Sin embargo, cada día son más las excepciones a esta regla general¹²⁸.
- 2) Estabilidad personal y emocional.
- 3) Tiempo disponible: en estos supuestos cobra especial interés la situación y condiciones laborales de los progenitores. Así, la STS 719/2003, de 9 de julio¹²⁹, considera que en aras del principio *favor filii* debe atribuirse la custodia de la hija menor al padre por ser éste el que se encuentra en mejores condiciones para satisfacer las necesidades físicas, materiales y morales de la niña, dada la situación laboral y emocional de la madre.
- 4) La facilidad para conciliar la vida personal y laboral de los progenitores.
- 5) Evitar la separación de los hermanos: la regla general es evitar la separación de los hermanos, pues resulta beneficioso para el desarrollo psicoafectivo de éstos; excepcionalmente, existen supuestos en los que los tribunales consideraron que el interés superior del menor pasaba por una no convivencia de los hermanos.
- 6) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los hijos/as.

¹²⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos... Cit. Págs. 79, 80 y 81.

¹²⁷ STS, N.º 5078/2000, de 9 de junio de 2003. Sala 1ª de lo Civil. (ES:TS:2003:3961).

¹²⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos... Cit. Pág. 77.

¹²⁹ STS, N.º 884/1999, de 9 de julio de 2003. Sala 1ª, de lo Civil. (ES:TS:2003:4861).

- 7) Similitud en los sistemas o pautas educativas de los padres, ya que las diferencias en este sentido pueden desequilibrar al menor.
- 8) Los deseos manifestados por los/as menores competentes.
- 9) Resultado de los informes exigidos legalmente.
- 10) El cumplimiento de los deberes de los progenitores en relación con sus hijos o hijas.
- 9) El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los hijos y, en particular, su apego a los animales de compañía que puedan quedar al cuidado de uno u otro cónyuge, además del bienestar del animal.
- 11) La existencia de apoyos familiares, valorando positivamente poder contar con los abuelos.

El 25 de junio de 2020, el Consejo General del Poder Judicial hizo pública una Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, en la que se afirma que la custodia compartida no debe entenderse como un reparto aritmético de los tiempos de convivencia de los hijos con cada progenitor, sino como ejercicio efectivo de una misma coparentalidad responsable¹³⁰.

El interés superior del menor

El interés superior del menor, beneficio del menor, *favor filii* o *bonum minoris*, será el que guiará el proceso de toma de decisiones judiciales y, en definitiva, la adopción del régimen de custodia y visitas más conforme con aquél¹³¹.

El interés superior del menor es el principio esencial que rige en materia de guarda y custodia y, por ello, es necesario tener claro que cualquier medida que se adopte en estos procedimientos que afecte al menor debe constituirse como la opción más beneficiosa para éste.¹³²

El interés superior del menor es definido por la Real Academia de la Lengua Española (RAE) como el derecho de todo menor a que su interés sea valorado y

¹³⁰ Consejo General del Poder Judicial. Guía de criterios de actuación en materia de custodia compartida. Madrid, Anzos, S.L, 2020. Págs. 351-352 y 55.

¹³¹ GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos... Cit. Pág. 75.

¹³² Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 149.

considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

La LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, e incorpora tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial¹³³.

Por tanto, es el interés del menor la cuestión prioritaria a determinar y proteger por parte del ordenamiento jurídico y el principio que debe preservarse frente a cualquier otro derecho con el que pueda entrar en colisión o presentar cierta conflictividad.

En la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, se dice que el interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vertebró un conjunto de normas de protección imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia¹³⁴.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 64/2019, de 9 de mayo¹³⁵, declara que el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o

¹³³ Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 175, de 23 de julio, de 2015, Págs. 61871 a 61889). Ref. BOE-A-2015-8222.

¹³⁴ Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, Págs. 41421 a 41422). Ref. BOE-A-2003-21338.

¹³⁵ STC 64/2019, de 9 de mayo de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 3442-2018. (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019, Págs. 60836 a 60848). Tribunal Constitucional. Ref. BOE-A-2019-8645.

privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

La audiencia del menor

El artículo 154 del CC determina que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Además, añade que, en defensa del respeto a su personalidad y su superior interés, cuando estos tuvieren suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídos 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.¹³⁶

Además, establece el artículo 159 del Código Civil que el Juez oirá a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

El derecho de los menores a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹³⁷. Y en nuestro ordenamiento, el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Además, cabe citar aquí el artículo 24. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³⁸, íntegramente reproducida en el artículo 2 de la LO 1/2008, de 30 de julio¹³⁹, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece

¹³⁶ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 15.

¹³⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, Págs. 38897 a 38904). Ref. BOE-A-1990-31312.

¹³⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, Págs. 389 a 403). Ref. DOUE-Z-2010-70003.

¹³⁹ LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. (BOE núm. 184, de 31/07/2008). Ref. BOE-A-2008-13033.

que los niños/as tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.¹⁴⁰

En la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se establecen como requisitos de las comparecencias o audiencias de los menores en los procedimientos judiciales, los siguientes:

- 1) Se realizarán con carácter preferente.
- 2) Se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo.
- 3) Cuando fuese necesario, se llevarán a cabo con la asistencia de profesionales cualificados o expertos.
- 4) Se tendrá cuidado de preservar su intimidad.
- 5) Se utilizará un lenguaje que sea comprensible para el menor.
- 6) Se emplearán formatos que sean accesibles y adapten a sus circunstancias.
- 7) Se le informará tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión.
- 8) Se respetarán todas las garantías del procedimiento.

El artículo 9. 3¹⁴¹ de la LO 1/1996, de 15 de enero, dispone que cuando se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores, la resolución habrá de ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, con expresa indicación de los recursos que proceden contra tal decisión.

El artículo 18. 2. 4^a de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁴² también se refiere a la intervención de los menores, destacando que la misma debe realizarse garantizando que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les

¹⁴⁰ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 15.

¹⁴¹ Artículo 9. 3 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente a los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración*. Ref. BOE-A-2015-8222.

¹⁴² Artículo 18. 2. 4^a de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificado por la disposición final 15 de la LO 8/2021, de 4 de junio. Ref. BOE-A-2021-9347.

sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.¹⁴³

La STC 141/2000, de 29 de mayo, en su fundamento jurídico n.º 5, indica que el derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos¹⁴⁴.

El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida

De conformidad con los artículos 749 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal; y dicha intervención viene referida a los procesos mencionados en el artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que el Ministerio Fiscal no tiene la condición de parte, sino que actúa en defensa de los intereses de los menores.¹⁴⁵

Sin embargo, esta circunstancia no va a impedir al Juez, a pesar de que dicho informe sea desfavorable, que apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. Así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 185/2012, declaró que *“en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art.117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial. Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional, al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal”*.¹⁴⁶

¹⁴³ Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso*. Cit. Pág. 16.

¹⁴⁴ STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000. Recurso de amparo. (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000, Págs. 40 a 46). Tribunal Constitucional. Ref. BOE-T-2000-12312.

¹⁴⁵ HERNANDO RAMOS, Susana. El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida. *Diario La Ley*. 2009. N.º. 7206. 2009. Ref. D-232. Pág. 3.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ, Luis Miguel; ALONSO DE CASTAÑEDA, Alejandra. La guarda y custodia compartida. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013. Vol. 4, Págs. 93 a 101.

LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Dispone el artículo 143 del Código Civil que: *Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1º. Los cónyuges. 2º. Los ascendientes y descendientes*¹⁴⁷.

Según el artículo 142 del CC, *se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*¹⁴⁸.

El Código Civil regula esta obligación legal, basada en la solidaridad que debe existir entre los miembros de la familia más cercanos, en sus artículos 142 a 153 (Título VI del Libro I). Se trata de una obligación recíproca, personalísima, imperativa y variable.

El objeto o contenido de la obligación de alimentos viene determinado por la necesidad económica del alimentista y por la posibilidad del alimentante de atender dicha necesidad. El elevado nivel económico del alimentante determina que la prestación de alimentos lo sea también¹⁴⁹.

VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda familiar es el lugar donde se desarrolla la vida familiar, el lugar de residencia habitual de los miembros de la unidad familiar en la que se ejercen las funciones, derechos y deberes propios e inherentes a la familia.

Para sustituir o confirmar las medidas provisionales adoptadas sobre la vivienda y el ajuar familiar a que se refiere el artículo 103. 2º del Código Civil, el juez adoptará las medidas definitivas pertinentes con arreglo a lo establecido en el artículo 96 CC, que distingue, en relación a la atribución del uso de aquellos bienes, entre los supuestos en que el matrimonio que se anula, separa o divorcia tenga hijos menores o incapacitados bajo la potestad y guarda de los cónyuges y los casos en que el matrimonio carezca de

¹⁴⁷ Artículo 143 CC. Se modifica por el art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

¹⁴⁸ Artículo 142 CC. Se modifica por el art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

¹⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. La obligación de alimentos. En Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Manual de Derecho civil: Derechos de familia*. Cit. Pág. 34.

hijos, o los que tenga no se encuentren bajo la patria potestad, y dicta también reglas respecto de la disposición de la vivienda familiar y el ajuar doméstico¹⁵⁰.

Existiendo hijos sujetos a la patria potestad, establece el artículo 96 del CC¹⁵¹ que, *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*¹⁵².

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar está muy relacionada con el régimen de custodia que se haya pactado o establecido judicialmente. La teoría del apego apoya la inconveniencia de que se produzcan y acumulen en el niño/a numerosas pérdidas, es decir, que tras la ruptura se mantenga en lo posible el entorno doméstico, afectivo, social y escolar. El interés de los hijos e hijas en mantener una estabilidad en la residencia que haga menos traumático el cambio que ya supone la crisis matrimonial de los progenitores está en la base de la adopción de esta medida por el legislador¹⁵³.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al progenitor no titular o cotitular de la misma puede producirse por mutuo acuerdo mediante convenio regulador o fuera de él. El pacto en la atribución del uso de la vivienda familiar puede consistir en: la atribución a uno de los cónyuges, el abandono de la vivienda, la atribución a los hijos, la no atribución del uso, uso alternativo por ambos cónyuges o la simultaneidad en el uso de la vivienda. No obstante, si los acuerdos contenidos en el convenio regulador fueran dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges el juez no los homologará¹⁵⁴.

Si se trata de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio contencioso, será el juez quien conozca del asunto determinando a qué cónyuge se atribuye el uso de la vivienda familiar. Para decidir a cuál de los cónyuges se atribuye el uso de la vivienda familiar se deben valorar algunos factores como la existencia o no de hijos, el interés más

¹⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al. *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV: Familia*. Cit. Pág. 101.

¹⁵¹ Artículo 96 CC. Se modifica, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.11 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Ref. BOE-A-2021-9233.

¹⁵² Artículo 96 CC. Se modifica, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.11 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Ref. BOE-A-2021-9233.

¹⁵³ CUENA CASAS, Matilde. Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario. *Revista de Derecho civil*. 2014. Vol. 1, N.º 2. Págs. 9 a 39.

¹⁵⁴ AVIÑÓ BELENGUER, David. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 12. Febrero 2020. ISSN: 2386-4567. Págs. 194 a 219.

necesitado de protección, la existencia de malos tratos, el desequilibrio causado por la crisis matrimonial, la convivencia con personas dependientes o si alguno de los cónyuges ejerce su profesión en la vivienda¹⁵⁵.

Cuando se atribuye la guarda y custodia de los hijos en exclusiva a favor de uno de los progenitores, del tenor literal del artículo 96. 1 del CC parece deducirse que el criterio que recoge actúa como la regla a seguir a falta de acuerdo entre los padres cuando existen hijos matrimoniales. La aplicación literal del citado precepto supone afirmar que el derecho de uso de la vivienda familiar corresponde de manera necesaria a los hijos y al cónyuge custodio y, además, parece que estos sujetos beneficiados tienen un derecho de uso ilimitado.

La atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida plantea ciertos problemas, pues no existe mención alguna en el Código Civil respecto a los criterios que se deben tener en cuenta en estos casos para decidir la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

Ante la imposibilidad de aplicar en estos casos el artículo 96. 1 del CC, parte de la doctrina y jurisprudencia se inclinan por la aplicación analógica del artículo 96.2 del CC, que expresa lo siguiente: *Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.*

Otro sector de la doctrina opta por aplicar en los casos de custodia compartida el artículo 96. 3 del CC, que establece que: *No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*

En los supuestos de custodia compartida es tal la variedad de circunstancias que pueden concurrir en la práctica y son tantos los factores a ponderar, que se perfilan distintas modalidades de atribución de la vivienda familiar con el objeto de satisfacer mejor las diferentes situaciones que se puedan plantear. Los dos sistemas más frecuentes en la práctica son el sistema de domicilio fijo y el sistema de domicilio rotatorio¹⁵⁶.

¹⁵⁵ COLLADO SÁNCHEZ, Cecilia, et al. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimoniales*. Trabajo de Fin de Grado. Universidad de Salamanca. 2016.

¹⁵⁶ COLLADO SÁNCHEZ, Cecilia, et al. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimoniales*. Cit. Pág. 30.

- 1) Sistema de domicilio fijo: en la modalidad de domicilio fijo son los hijos sujetos a la patria potestad quienes permanecen de manera continuada en la vivienda familiar, siendo los progenitores quienes se van alternando en el uso de la misma, es decir, uno y otro progenitor se trasladan a dicha vivienda durante el periodo de tiempo en el que les corresponda ejercer la guarda y custodia de los hijos e hijas. Estos periodos no tienen por qué ser de duración idéntica. Sin embargo, esta solución presenta numerosos inconvenientes, ya que no siempre será posible desde el punto de vista económico, pues implica la existencia y manutención de tres viviendas simultáneamente (la vivienda familiar y dos viviendas particulares, una para cada progenitor), ni desde un punto de vista práctico, porque puede generar inestabilidad para los cónyuges y dificultades para rehacer su vida. Estas razones explican que la jurisprudencia no sea proclive a adoptar este sistema y que, en general, tienda a desaconsejarlo en la práctica, adoptándolo sólo para el periodo inmediatamente posterior a la ruptura, y siempre con carácter temporal.
- 2) Sistema de domicilio rotatorio: en el sistema denominado rotatorio normalmente se atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, en detrimento del otro, que tendrá otra vivienda. De esta forma los padres/madres tienen cada uno un domicilio fijo y serán los hijos quienes se trasladen al domicilio de cada progenitor durante el tiempo que tengan que estar bajo su compañía. En principio, y con carácter general, este sistema exige que las viviendas de ambos progenitores estén cercanas entre sí, para causar el menor perjuicio posible a la estabilidad de los menores.

CONCLUSIONES

El establecimiento de un adecuado régimen de guarda y custodia tras la crisis matrimonial debe exigir una minuciosa y atenta ponderación de las circunstancias concurrentes a fin de proteger en el mayor grado posible el interés del menor, especialmente, cuando no exista acuerdo entre los progenitores.

Como se ha señalado a lo largo del trabajo, en los últimos años los tribunales se han inclinado por modificar la condición de “excepcional” de la custodia compartida sin acuerdo entre los cónyuges (artículo 92.8 del CC), para hacer que sea la opción preferente en casos de separación, divorcio o nulidad. La consideración jurisprudencial como “normal y deseable” de la custodia compartida está amparada en principios aparentemente justos y lógicos, entendiendo que el régimen de custodia a aplicar debe ser el que resulte más favorable para el interés superior del menor e, idealmente, debe aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial o de la pareja, para garantizar a la vez que tanto el padre como la madre puedan seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad que, de forma general, ambos conservan en la sentencia de divorcio, y poder así participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos/as.

Sin embargo, la custodia compartida no puede concebirse como justa o garante de la igualdad si no ha existido antes la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos previa al divorcio conforme señala el artículo 68 del CC, en el que se indica que los cónyuges deben compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Si no se puede demostrar el cumplimiento de esta responsabilidad compartida y la igualdad previa a la separación, no debería imponerse una falsa igualdad en la guarda y custodia posterior. La petición de la custodia compartida es a veces una mera estrategia procesal para conseguir medidas favorables al progenitor no corresponsable, como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y el no tener que pagar una pensión alimenticia, cuando no una venganza para dañar los intereses del otro progenitor.

No debe olvidarse el hecho de que la progresiva tendencia a la “imposición” de la custodia compartida como regla general puede entrañar en ocasiones una serie de problemas relativos al bienestar de los menores a los que, supuestamente, se desea proteger, asunto que se agrava de forma aguda cuando media una relación de violencia

de género, con o sin condena. No puede pretenderse el establecimiento de un régimen de custodia compartida cuando antes de la separación no se ha compartido la carga de los cuidados, las tareas domésticas o la crianza.

Así pues, se entiende que la custodia compartida habría de requerir un alto grado de entendimiento entre la pareja separada, debiendo evitarse que cuando la misma se otorgue a petición de parte y no por consenso, se pongan por encima los deseos del padre o de la madre en detrimento del interés del menor, a fin de evitar problemas, disfunciones y situaciones de riesgo para los menores.

Dadas las especiales características que se requieren para que una custodia compartida sea eficaz y beneficiosa para el menor, basadas fundamentalmente en el mutuo acuerdo, la cordialidad y la buena relación entre los progenitores, así como en el proyecto común en cuanto a valores educativos y pautas de vida para la educación de sus hijos/as, se considera que la custodia compartida debe otorgarse con especial prudencia cuando no haya acuerdo entre los padres, debiendo constatarse para ello que, efectivamente, exista un mínimo grado de entendimiento, cordialidad y coherencia educativa con respecto al bienestar y futuro desarrollo de sus hijas e hijos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN BRACHO, Carmen. Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España. *Revista de Derecho Político UNED*. Mayo-agosto 2014. N.º 90. Págs. 97 a 134. https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/31.pdf

AMADOR NÚÑEZ, Liliana. El reflejo de la realidad actual de nuestros menores ante el divorcio. *Revista de Estudios Socioeducativos. ReSed*. Año 2019. N.º 7. Págs. 166 a 174. <https://revistas.uca.es/index.php/ReSed/article/view/4429/5505>

AVIÑÓ BELENGUER, David. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 12. Febrero 2020. ISSN: 2386-4567. Págs. 194 a 219. http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/7_David_Avi%C3%B1%C3%B3_pp_194-219.pdf

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. La obligación de alimentos. En Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Manual de Derecho civil: Derechos de familia*. 6ª Ed. Madrid. BERCAL, S.A. 2021.

CARDOSO RAMÍREZ, Miguel Ángel, et al. *Análisis del régimen de la guarda y custodia compartida de los hijos menores*. Trabajo de fin de grado. Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna. Tenerife. 2020. https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/19652/Analisis_de_la_guarda_y_custodia_compartida_de_los_hijos_menores.pdf?sequence=1

CASADO CASADO, Belén. Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial. *Diario La Ley*. 13 de abril de 2018. N.º. 9177, Sección Dossier.

CATALÁN FRÍAS, María José, et al. La custodia compartida. *Revista Derecho y Criminología*. 2011. N.º 1. <http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/574/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n%20Fr%C3%ADas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

COLLADO SÁNCHEZ, Cecilia, et al. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimoniales*. Trabajo de Fin de Grado. Universidad de Salamanca. 2016. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131734/TG_ColladoSanchez_Criterios.pdf;jsessionid=FC81B16CFEF40EA4E347A20B34A10BD2?sequence=1

Consejo General del Poder Judicial. Guía de criterios de actuación en materia de custodia compartida. Madrid, Anzos, S.L, 2020. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>

CUENA CASAS, Matilde. Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario. *Revista de Derecho civil*. 2014. Vol. 1. N.º 2. Págs. 9 a 39. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/63/40>

DE PINA, Rafael y otro. *Diccionario de Derecho*. Ed. Porrúa. México. 1991. https://www.academia.edu/35921252/Derecho_Procesal_Civil_Rafael_de_Pina_Vara

Departamento de Documentación de Iberley. *Custodia de menores paso a paso. Aspectos relevantes de la custodia en los procesos de familia. Análisis normativo y*

jurisprudencial. 2ª Edición. A Coruña (Galicia). Ed. Colex, S.L. 2022.
<https://viewer.colex.es/client/index.php>

DIEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil: Derecho de familia*. 11ª Ed. Madrid. Ed. Tecnos. 2012.

Documento Marco de Mínimos para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de la Infancia y Familias el día 13 de noviembre de 2008.

FERNÁNDEZ, Luis Miguel; ALONSO DE CASTAÑEDA, Alejandra. La guarda y custodia compartida. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013. Vol. 4. Págs. 93 a 101.

GALLARDO, Bernardo Eugenio Cruz. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Tesis Doctoral. Universidad de Córdoba. Año 2011.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=56616>

GARCÍA GÓMEZ, Virginia. Estudio sobre la custodia compartida. *Revista jurídica de estudiantes de la universidad de Córdoba*. Vol. 1. 2018.
https://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/RJEUCO/article/viewFile/145/193

GARCÍA RUBIO, María Paz; OTERO CRESPO, Marta. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2015. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 2006. Vol. 8. Págs. 69 a 105.
<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7835>

GOIRIENA LEKUE, Agurtzane. La suficiencia del juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio. *Diario La Ley*. 19 de noviembre de 2007. N.º 6823. (Ref. D-248, Editorial LA LEY).
https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA_MtMsBf1CTEAAXNDIwMztbLUouLM_DzbsMz01LySVABPTq3IAAAAA=WKE

GÓMEZ MATO, Juan Carlos. Los derechos de la infancia y la Ley de Protección Jurídica del Menor. *Anuario de psicología jurídica*. 1997. N.º 7. Págs. 43 a 54.
<https://journals.copmadrid.org/apj/art/70222949cc0db89ab32c9969754d4758>

HERNANDO RAMOS, Susana. El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida. *Diario La Ley*. 2009. N.º 7206. Ref. D-232.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3000056>

JIMÉNEZ-CABELLO, J., BECERRIL, D., GARCÍA MORENO, J.M. La relación entre reformas legales y la custodia compartida en España (2007-2017). *Revista Española de Ciencia Política*. 2020. N.º 53. Págs. 119-142.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/77893/60943>

LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al. *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV: Familia*. Cuarta Edición. Madrid: Dykinson, 2010. Págs. 386 a 414.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nulidad, la separación y el divorcio. En Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Manual de Derecho Civil: Derechos de familia*. 6ª Ed. Madrid. BERCAL, S.A. 2021. Págs. 75 a 101.

MARTÍNEZ, LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. La familia en la constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 2000. N.º 58. Págs. 11 a 43.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79675>

REYES CANO, Paula. La patria potestad a examen ante la violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Año 2017. Vol. 51. Págs. 335 a 356. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6259/5573>

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar. La Protección Jurídica del Menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. *REDI*. Año 1992. Vol. 44. Pág. 465. <https://www.jstor.org/stable/i40179781>

ROVIRA SUEIRO, María. La patria potestad. En Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Manual de Derecho civil: Derechos de familia*. 6ª Ed. Madrid. BERCAL, S.A. 2021. Págs. 257 a 271.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *Derecho Civil para el Grado IV. Derecho de Familia*. 2ª Ed. Madrid. Ed. Dykinson. 2016. <https://vlex.es/vid/patria-potestad-519350898#:~:text=Es%20decir%2C%20como%20dice%20ALBALADEJO,los%20padres%20sobre%20los%20hijos%22.&text=La%20patria%20potestad%20no%20es,28%2D2%2D84>.

JURISPRUDENCIA

- STS, Sala 1ª, n.º 9/2016, de 28 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:149).
- STS, Sala 1ª, n.º 623/2009, de 8 de octubre de 2009. (Rec. 1471/2006). (*Diario LA LEY*, 192180/2009).
- STS 59/2022, de 31 de enero. Sala 1ª de lo Civil. Rec. 5189/2021. (ECLI:ES:TS:2022:358).
- STS, N.º 398/1982, de 11 de octubre de 1982. Sala 1ª de lo Civil. (ECLI:ES:TS:1982:1161).
- STS, N.º 124/2019, de 26 de febrero de 2019. Sala 1ª de lo Civil. (ECLI:ES:TS:2019:647).
- STS, N.º 301/2017, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1902).
- SAP Baleares, N.º 272/2019, de 22 de julio (ECLI:ES:APIB:2019:1770).
- STC, de 9 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:64).
- STS, n.º 689/2011, de 20 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6491).
- STS, Sala 1ª, n.º 623/2009, de 8 de octubre de 2009. (Rec.1471/2006). (*Diario LA LEY*, 192180/2009).
- STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010. (Rec. 681/2007). (*Diario LA LEY*, 165754/2010).
- STS, Sala 1ª, n.º 257/2013, de 29 de abril de 2013. (Rec. 2525/2011). (*Diario LA LEY*, 37196/2013).
- STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2013. (Rec. 2964/2012). (*Diario LA LEY*, 118670/2013).
- STS, Sala 1ª, de 16 de febrero de 2015. (Rec. 890/2014). (*Diario LA LEY*, 10275/2015).
- STS, Sala 1ª, n.º 36/2016, de 4 de febrero de 2016. (Rec. 3016/2014). (*Diario LA LEY*, 1554/2016).
- STS, Sala 1ª, n.º 175/2021, de 29 de marzo de 2021. (Rec. 3110/2019). (*Diario LA LEY*, 16032/2021).
- STS, Sala 1ª, n.º 433/2016, de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3145).
- STS, Sala 1ª, n.º 526/2016, de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045).
- STS, Sala 1ª, n.º 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4089).

- STS, Sala 1ª, n.º 413/2017, de 27 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2572).
- STS, Sala 1ª, n.º 442/2017, de 13 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2840).
- STS, Sala 1ª, n.º 654/2018, de 30 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4044).
- STS, Sala 1ª, n.º 526/2016, de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045).
- STS, Sala 1ª, n.º 553/2016, de 20 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:553).
- STS, Sala 1ª, n.º 559/2016, de 21 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:559).
- STS, Sala 1ª, n.º 393/2017, de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2508).
- STS, Sala 1ª, n.º 311/2020, de 16 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2197).
- STS, Sala 1ª, n.º 559/2020, de 26 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3561).
- STS, Sala 1ª, n.º 242/2016, de 12 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1636).
- STS, Sala 1ª, n.º 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4089).
- STS, Sala 1ª, n.º 559/2016, de 21 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:559).
- STS, Sala 1ª, n.º 116/2017, de 22 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:576).
- STS, Sala 1ª, n.º 311/2020, de 16 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:311).
- STS, Sala 1ª, n.º 433/2016, de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3145).
- STS, Sala 1ª, n.º 166/2016, de 17 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1287).
- STS, Sala 1ª, n.º 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4089).
- STS, Sala 1ª, n.º 23/2017, de 17 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:161).
- STS, Sala 1ª, n.º 433/2016, de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3145).
- STS, N.º 5078/2000, de 9 de junio de 2003. Sala 1ª de lo Civil. (ES:TS:2003:3961).
- STS, N.º 884/1999, de 9 de julio de 2003. Sala 1ª, de lo Civil. (ES:TS:2003:4861).
- STC 64/2019, de 9 de mayo de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 3442-2018. (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019, Págs. 60836 a 60848). Tribunal Constitucional. Ref. BOE-A-2019-8645.
- STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000. Recurso de amparo. (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000, Págs. 40 a 46). Tribunal Constitucional. Ref. BOE-T-2000-12312.