

Universidad CEU Cardenal Herrera

**DEPARTAMENTO: DERECHO PRIVADO Y DISCIPLINAS
JURIDICAS BASICAS**



**CUSTODIA COMPARTIDA:
MARCO NORMATIVO.
PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*
A LA LUZ DE LA PRAXIS JUDICIAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

**INMACULADA DOMINGUEZ
OLIVEROS**

Dirigida por:

**DRA. D^a.ESPERANZA FERRANDO
NICOLAU**

**VALENCIA
2016**

CUSTODIA COMPARTIDA: MARCO NORMATIVO.
PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* A LA
LUZ DE LA PRAXIS JUDICIAL

TESIS DOCTORAL PRESENTADA
POR *INMACULADA DOMINGUEZ OLIVEROS*, BAJO
LA DIRECCIÓN DE LA PROF.DRA. D^a. ESPERANZA FERRANDO NICOLAU

Valencia 2016

INDICE

AGRADECIMIENTOS	VII
ABREVIATURAS	IX
INTRODUCCION.....	XI

CAPÍTULO 1

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

1.1.- INTRODUCCION.	1
1.2.- ASPECTOS GENERALES Y CONCEPTOS RELACIONADOS: PATRIA POTESTAD, GUARDA, CUSTODIA Y VISITAS.	2
1.2.1.- El concepto de Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia.	4
1.2.1.1. <i>La patria potestad como derecho-deber.</i>	5
1.2.1.2. <i>La patria potestad como función.</i>	8
1.2.2.- El concepto de guarda y custodia en la doctrina y en la jurisprudencia.....	11
1.2.3. El concepto de guarda y custodia compartida.	17
1.2.3.1. <i>Debate doctrinal y jurisprudencial.</i>	17
1.2.3.2. <i>Definición de guarda y custodia compartida.</i>	22
1.2.3.3. <i>La custodia compartida y el derecho de visitas.</i>	25
1.3.- ANTECEDENTES LEGALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.	29
1.4.- EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL.	35
1.4.1. Antes de la Ley 15/2005.	36
1.4.2. Después de la Ley 15/2005.....	36
1.4.2.1. <i>Regla general: a solicitud de ambos progenitores.</i>	38
1.4.2.2. <i>Excepción: a solicitud de uno de los progenitores.</i>	40
1.4.2.3. <i>Circunstancias que excluyen la custodia compartida.</i>	43

1.5.-REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.	44
--	-----------

CAPÍTULO 2

PRAXIS JUDICIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMÚN

2.1.- INTRODUCCIÓN.	51
2.2.- LA JURISPRUDENCIA MENOR.	52
2.2.1. Hasta la Reforma de 2005.	52
2.2.1.1. Rechazo del régimen de guarda y custodia compartida.	52
2.2.1.2. Admisión del régimen de guarda y custodia compartida.	60
2.2.2. Después de la Reforma de 2005.	63
2.2.2.1. Rechazo del régimen de guarda y custodia compartida.	64
2.2.2.2. Admisión del régimen de guarda y custodia compartida.	67
2.3.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.	75
2.3.1. Introducción.	75
2.3.2. La guarda y custodia y el interés del menor.	76
2.3.3. Criterios aplicables para ponderar el interés de menor.	80
2.3.4. La custodia compartida como el régimen “más normal” de guarda y custodia.	83
2.3.5. La petición de uno o de ambos progenitores como requisito esencial para la adopción de la custodia compartida.	85
2.3.6. Los informes psicosociales.	87
2.3.7. La violencia de género.	88
2.4.- ARTICULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA POR LOS TRIBUNALES.	90
2.4.1. Introducción.	90
2.4.2. Según el lugar.	91
2.4.2.1. En el domicilio de cada progenitor.	91
2.4.2.2. En el domicilio que fue la vivienda familiar.	92
2.4.3. Según el tiempo.	94

2.4.3.1. <i>Por días de la semana.</i>	97
2.4.3.2. <i>Por semanas alternas.</i>	98
2.4.3.3. <i>Por meses.</i>	100
2.4.3.4. <i>Por años o periodos escolares.</i>	102

CAPÍTULO 3

PRAXIS JUDICIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO FORAL

3.1.- INTRODUCCIÓN.	105
3.2.- LA LEGISLACIÓN ARAGONESA.	106
3.2.1. Introducción.....	106
3.2.2. Ámbito objetivo y finalidad.....	108
3.2.3. Carácter preferente de la custodia compartida y el interés del menor.....	112
3.2.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia —compartida o individual— de los hijos menores.	115
3.2.5. El pacto de relaciones familiares.	130
3.2.6. La violencia de género.....	131
3.3.- LA LEGISLACIÓN CATALANA.	137
3.3.1. Introducción.....	137
3.3.2. Ámbito objetivo y finalidad.....	140
3.3.3. La custodia compartida y el interés del menor.	141
3.3.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia —compartida o individual— de los hijos menores.	143
3.3.5. El plan de parentalidad.	159
3.3.6. La violencia de género.....	162
3.4.- LA LEGISLACIÓN NAVARRA.	168
3.4.1. Introducción.....	168
3.4.2. Ámbito objetivo y finalidad.....	169
3.4.3. La custodia compartida y el interés del menor.	170
3.4.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia —compartida o individual— de los hijos menores.	173
3.4.5. El plan de parentalidad.	181

3.4.6. La violencia de género.....	182
3.5.- LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.	186
3.5.1. Introducción.....	186
3.5.2. Ámbito objetivo y finalidad.....	191
3.5.3. Carácter preferente de la custodia compartida y el interés del menor.	193
3.5.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia- compartida o individual- de los hijos menores.....	199
3.5.5. El pacto de convivencia familiar.	218
3.5.6. La violencia de género.....	221
3.6.- LA LEGISLACIÓN DEL PAIS VASCO.	227
3.6.1. Introducción.....	227
3.6.2. Ámbito objetivo y finalidad.....	228
3.6.3. Carácter preferente de la custodia compartida y el interés del menor.	230
3.6.4. Los criterios legales para la determinación del régimen de custodia- compartida o individual- de los hijos menores.....	233
3.6.5. Los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y convenio regulador.	244
3.6.6. La violencia de género.....	246

CAPÍTULO 4

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCESION DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

4.1.- INTRODUCCIÓN.	251
4.2.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO COMÚN Y FORAL.	252
4.2.1. Las relaciones personales de los progenitores entre sí y con los hijos.	255
4.2.1.1. <i>La conflictividad entre los progenitores.</i>	255
4.2.1.2. <i>La relación de los progenitores con los hijos.</i>	264
4.2.1.3. <i>Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.</i>	269
4.2.2. La proximidad de los domicilios de los progenitores.....	272
4.2.3. La capacidad e idoneidad de los progenitores.	277

4.2.4. Medios materiales suficientes.....	283
4.2.5. La voluntad de los hijos y su edad.....	284
4.2.5.1. <i>La voluntad de los hijos.</i>	284
4.2.5.2. <i>La edad de los hijos.</i>	290
4.2.5.3. <i>El principio de no separación de los hermanos.</i>	295
4.2.6. Los informes exigidos legalmente.....	298
4.2.6.1. <i>El informe del Ministerio Fiscal.</i>	298
4.2.6.2. <i>Los informes psicológicos.</i>	300
4.2.7. Supuestos de improcedencia de la medida de guarda y custodia compartida.	304
4.3.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR EN LA ADOPCIÓN DEL REGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA POR LOS TRIBUNALES.	309
4.3.1. Introducción.....	309
4.3.2. Regulación.....	310
4.3.3. El concepto de menor.....	316
4.3.4. El interés superior del niño: un concepto indeterminado.....	318
CONCLUSIONES	331
BIBLIOGRAFÍA	343

AGRADECIMIENTOS

Tras finalizar el largo camino que ha supuesto la realización de esta Tesis Doctoral, es hora de hacer balance y agradecer a tanta gente, que de una u otra forma, la han hecho posible.

En primer lugar, quisiera agradecer a la Universidad CEU Cardenal Herrera, la oportunidad que me han brindado al admitirme como doctoranda.

De forma muy especial, mi gratitud a la Dra. D^a. Esperanza Ferrando Nicolau por su apoyo, paciencia y la dirección de este trabajo. Principalmente, por sus valiosos consejos, disponibilidad y generosidad, por lo que siempre le estaré agradecida. Ha sido un privilegio contar con una gran directora y una mejor persona.

Mi mayor agradecimiento, pues están en mi corazón y son mi vida, va dirigido a mis hijos, Jesús y Claudia, por darme todo sin esperar nada a cambio, me comprendieron y me acompañaron en esta “aventura”, entendiendo mis ausencias y mis malos momentos, me han dado la fuerza para seguir adelante en este proyecto y un motivo más para lograr este objetivo.

Junto a ellos, mi marido y compañero, Jesús, por ser el principal responsable de que este trabajo haya sido posible. Ha sido un pilar muy importante para mí en este nuevo desafío, apoyándome incondicionalmente en los momentos más difíciles, confiando en mi capacidad y animándome a seguir hasta el final. Le doy las gracias por todos los esfuerzos que ha hecho, por haberme hecho creer cada día que podía conseguirlo. Sin su apoyo no hubiera podido afrontar esta tesis.

Finalmente, a mis padres, que siempre han estado ahí para apoyarme y por haberme enseñado que en la vida no hay que rendirse. Por todo eso y mucho más este trabajo también le pertenece.

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial.

Art./s: Artículo/ Artículos.

BOA: Boletín Oficial Aragón.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil Español.

CCCat: Código Civil de Cataluña.

C DFA: Código de Derecho Foral de Aragón.

CE: Constitución Española.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

COORD.: Coordinador

Dir.: Director

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

EDIT.: Editorial

FGE: Fiscalía General Estado

INE: Instituto Nacional de Estadística.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

RD: Real Decreto.

ROJ: Referencia Fondo Documental del Consejo General del Poder Judicial.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.

SSTSJ: Sentencias de Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCION

Pocas instituciones dentro de los diversos sectores del ordenamiento jurídico adquieren mayor dimensión mediática y social que la guarda y custodia de los hijos.

Dentro de la institución de la guarda y custodia, la problemática que plantea la guarda y custodia “compartida” es, en la actualidad, uno de los problemas más destacados que tiene el Derecho de Familia en nuestro país.

Una de las primeras cuestiones, por no decir la primera, que debe abordarse al tratar la crisis matrimonial o de pareja con hijos menores es lo que normalmente se conoce como atribución de la guarda y custodia; es decir, la determinación de la persona con quien van a convivir habitualmente los hijos, dónde van a tener su domicilio habitual, ya que de ello depende, en parte, el contenido del resto de las medidas que se adopten, como por ejemplo la atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de visitas o la contribución a los alimentos de los hijos.

Como veremos, en el Derecho de Familia no hay dos casos iguales y las medidas que en una situación se presentan como beneficiosas para un determinado menor, en otras pueden constituirse en generadoras de resultados perjudiciales.

El debate sobre la custodia compartida ha originado una intensa y apasionada polémica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y también en la opinión pública¹, en la que no siempre se ha atendido al aspecto fundamental de la cuestión que,

¹ Basta con observar los titulares de prensa:

“Custodia compartida al ralenti”, en el Mundo.es 12/02/2012. <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/10/barcelona/1328863727.html>. Consulta 30/08/2013.

“La custodia compartida dejará de ser un régimen excepcional”, en El País. Sociedad, 13/06/2012. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/13/actualidad/1339587119_538265.html. Consulta 30/08/2013.

“Sólo una de cada cuatro parejas que se divorcian de mutuo acuerdo piden custodia compartida”, en Las Provincias.es 10/07/2012. <http://www.lasprovincias.es/2012/07/10/comunitatvalenciana/comunitat/custodia-compartida-parejas-divorciadas-2012/07/10/1316.html>. Consulta 30/08/2013.

“Asociaciones de mujeres critican la decisión del Tribunal Constitucional sobre la custodia compartida” en ABC Sociedad. 25/10/2012. <http://www.abc.es/2012/10/25/sociedad/abci-asociaciones-mujeres-critican-custodia-2012/10/25/1827.html>. Consulta 30/08/2013.

no es otro, que el del interés superior de los hijos. Las tendencias son dispares según se trate de reivindicaciones de hombres o de mujeres, probablemente porque se parte de la idea, más o menos subconsciente, de que la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores está concebida como un premio o una compensación moral, mientras que la no atribución obedece a un castigo-sanción al culpable de la situación matrimonial conflictiva.

En muchas ocasiones, las posturas a favor o en contra de la custodia compartida, se basan en prejuicios personales, creencias tradicionales que poco tienen que ver con el *favor filii*.

Parece que en la actualidad hay una auténtica tendencia social y política a favor del régimen de guarda y custodia compartida. Las reformas legales operadas en los últimos años, a nivel autonómico, en nuestro país favorecen expresamente, el régimen de guarda y custodia compartida frente a la guarda exclusiva o individual, hasta tal punto que se considera el régimen de convivencia compartida como el medio más idóneo para garantizar el derecho de los menores a crecer y vivir con sus padres,

“En defensa de la custodia compartida”, en Publico.es 17/08/2013. <http://www.publico.es/463020/en-defensa-de-la-custodia-compartida>. Consulta 30/08/2013.

“Custodia compartida, ¿lo mejor para los hijos?”, en El Mundo. <http://www.elmundo.es/yodona/2015/04/27/5537d55fe2704e64448b4576.html>. Consulta 27/04/2015.

“La Asociación por la Custodia Compartida emprende su lucha por una ley regional”, en El Norte de Castilla. <http://www.elnortedecastilla.es/segovia/20150803/asociacion-custodia-compartida-emprende-20150803103244.html>. Consulta 3/08/2015.

“El despertar perezoso de la custodia compartida”, en Hoy.es <http://www.hoy.es/extremadura/20160327/despertar-perezoso-custodia-compartida-20160327004630-v.html>. Consulta 27/03/2016.

“Asociaciones de mujeres exigen el fin de la custodia compartida”, en el Mundo. <http://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/201606/14/custodia-compartida-simetrica/745027.html>. Consulta 24/06/2016.

“Custodia compartida, «la opción más coherente y progresista»”, en ABCandalucaCórdoba. http://sevilla.abc.es/andalucia/cordoba/sevi-custodia-compartida-opcion-mas-coherente-y-progresista-201606240806_noticia.html. Consulta 24/06/2016.

“La custodia compartida se duplica en cuatro años: ¿es la mejor opción para los niños?”, en El Mundo. <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/03/05/56dabef022601dee4a8b4661.html>. Consulta 5/03/2016.

“El polémico Congreso sobre custodia compartida que enfrenta a madres, padres y autoridades”, en El Mundo. <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/05/04/572a2a1922601da1328b45f9.html>. Consulta 4/05/2016.

quedando relegada la custodia individual o exclusiva a una medida a adoptar con carácter excepcional.

Desde hace tiempo se está hablando sobre la conveniencia o no de que se regule a nivel nacional la figura de la custodia compartida, como medida preferente frente a la custodia exclusiva que se ha venido otorgando por los Tribunales, como se ha hecho por el legislador foral. Sin embargo, el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia aprobado por el Consejo de Ministros no prevé regular la custodia compartida con carácter preferente.

Dicho lo anterior, el problema de los menores, tras el cese de la convivencia de sus progenitores, no se circunscribe sólo a su futura relación con ambos o con cada uno de ellos, sino que va más allá. En concreto se genera, de forma habitual, una quiebra o ruptura de su entorno social y familiar extenso.

Estamos de acuerdo en considerar que, en condiciones “normales”, para el buen desarrollo integral de cualquier niño/a menor de edad, es bueno que siga teniendo, de forma continua y asidua, contacto y relación con cada uno de sus progenitores, aunque estos dejen de vivir juntos.

Todos entendemos la dificultad que, en la práctica, conlleva la articulación de un régimen que, con posterioridad a la ruptura convivencial de los progenitores, permita a los hijos mantener una relación paternofilial, familiar y social similar a la que venían manteniendo durante el período de normalidad del núcleo familiar.

En principio, deberían ser los progenitores quienes consensuaran el régimen de guarda y custodia de sus hijos, ya sea la custodia exclusiva o la compartida, pues a ellos les corresponde determinar lo más beneficioso para su prole. Sin embargo, el problema surge cuando éstos no son capaces de llegar un acuerdo y debe intervenir la autoridad judicial.

Creemos que en la actualidad, nadie duda de que tanto el hombre como la mujer, estén totalmente capacitados para el cuidado de los hijos, y que no existe ninguna razón concreta para elegir a un sexo con preferencia al otro para tal misión.

Sin embargo, no podemos olvidar dos cuestiones fundamentales como son, por una parte, que en nuestra sociedad todavía tiene un gran peso la estructura tradicional de la familia con la atribución de las funciones de cuidado de los hijos en gran medida en las mujeres; y, por otra que todavía no contamos con una igualdad real en las responsabilidades asumidas por unos y otros.

Es por ello, que una de las decisiones judiciales más complicadas es la elección del régimen de convivencia que ha de regir la futura relación de los progenitores con sus hijos tras la ruptura de la pareja. Pues, entre las múltiples cuestiones que hay que solucionar cuando una pareja se rompe sin duda, la más trascendental, es la relativa a la elección del sistema de guarda y custodia de los hijos.

El interés del menor ha sido durante mucho tiempo el único criterio legal que regía a la hora de decidir la guarda y custodia de los hijos menores en los procesos matrimoniales, si bien en la actualidad, con las leyes autonómicas, aparece un nuevo criterio que es el de imposición de la guarda y custodia compartida como preferente. El legislador foral parte de la base de que el beneficio del menor es precisamente la convivencia compartida.

En abstracto esta tendencia iría a favor de los derechos de igualdad y libertad de los progenitores, favoreciendo la autorregulación y la mayor implicación de los padres a la hora de asumir responsabilidades.

Las dudas que nos produce la instauración automática – o, si se quiere, preferente-, de la figura de la custodia compartida son muchas. Así: ¿es siempre beneficiosa la custodia compartida para los hijos?; y si los progenitores no la desean ¿es aconsejable imponerla igualmente?; ¿qué valor tendrá la opinión de los hijos? y ¿si estos no están de acuerdo?; ¿que importancia tiene la edad de los menores?; ¿en que medida debe garantizarse, por el bienestar de los menores, la comunicación y dialogo

entre los progenitores?; ¿con qué periodicidad se deben repartir los períodos de convivencia?; ¿dónde residirán los hijos?; ¿serán los padres los que cambien de domicilio?; ¿quién se quedará con la vivienda familiar?; ¿cómo y por quién se cubrirán los gastos de mantenimiento de los hijos?; ¿hasta que punto la defensa por un modelo de custodia u otro puede estar encubriendo una lucha por los intereses económicos de cada progenitor?...

A estas preguntas, pensamos, que debemos añadir los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística en su informe publicado el 29 de septiembre de 2016 bajo el título “Estadística de nulidades, separaciones y divorcios, año 2015” (datos cuya conversión en porcentajes y en cifras redondas fue ofrecida en la nota de prensa del INE fechada ese mismo día²). Según el citado informe, la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 69,9% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (73,1%). En el 5,1% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5,3% de 2014), en el 24,7% fue compartida (21,2% del año anterior) y en el 0,4% se otorgó a otras instituciones o familiares.

En cuanto a los informes ofrecidos en los dos años anteriores (pues solo a partir de 2013 se ofrece este dato en los informes estadísticos del INE), revelan que en el año 2013³, la custodia de los hijos menores a la madre en el 76,2% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (79,6%). En el 5,5% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5,3% de 2012), en el 17,9% fue compartida (14,6% del año anterior) y en el 0,3% se otorgó a otras instituciones o familiares.

Conforme con todo lo expuesto, con el presente trabajo pretendemos realizar un análisis tanto de los cambios legales operados como de la praxis judicial respecto del régimen de guarda y custodia compartida. Queremos conocer el marco legal que regula el objeto de estudio y comprobar, analizando la jurisprudencia, si la tendencia por la custodia compartida cede a favor de la custodia individual o exclusiva cuando ésta se estime más conveniente para los hijos, lo que determinará la exclusión de la aplicación

² <http://www.ine.es/prensa/np990.pdf>. Consulta 5/10/2016.

³ <http://www.ine.es/prensa/np867.pdf> Consulta 5/10/2016.

automática de tal medida, y el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.

Si bien el debate social, doctrinal y jurisprudencial al respecto plantea la dicotomía “custodia exclusiva *versus* custodia compartida”, el presente estudio nace del interés por conocer, más allá de la teoría, desde la práctica de los Tribunales, la actual situación de los modelos de custodia en España, para determinar, si a pesar de la tendencia legislativa hacia la custodia compartida sigue prevaleciendo el interés superior del menor sobre cualquier otro, o por lo contrario si la custodia compartida se está imponiendo en la práctica “por la fuerza”.

Con referencia a la metodología utilizada prevalece el análisis e interpretación de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia, así como por el Tribunal Supremo. Fundamentalmente, hemos extraído las sentencias de la Base de Datos de La Ley y del Fondo documental que ofrece el Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

Dada la compleja realidad del Estado Autonómico Español se aborda el estado de la cuestión distinguiendo entre Derecho Común y Derecho Foral: analizando las sentencias dictadas por las diferentes Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, con y sin legislación propia en la materia, así como los pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto, empleando ambas bases de datos.

Utilizando los vocablos “custodia compartida”, el CENDOJ nos ha ofrecido desde el año 1996 hasta la actualidad 13.902 sentencias para analizar.

Por lo que respecta a las fuentes que hemos utilizado en la realización de este trabajo, además de la jurisprudencia indicada, hemos acudido a las fuentes bibliográficas que se recogen bajo el epígrafe de “bibliografía”, haciendo uso, entre otros, de monografías, artículos de revista, manuales... así como de las diferentes bases de datos *online* o digitales que el Consejo General del Poder Judicial nos ofrece.

También se ha realizado una aproximación al objeto de estudio a partir de las fuentes estadísticas disponibles. Las fuentes consultadas han sido la Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, elaborada por el INE, pues nos permite tener una visión general de la situación de las disoluciones legales y concesiones de custodias a nivel nacional y foral, así como de su evolución en los últimos años.

La estructura del trabajo está organizada en cuatro capítulos.

El primero de ellos procura precisar el marco legal y conceptual de la guarda y custodia compartida. Con carácter previo y con un sentido introductorio, haremos una breve referencia al concepto de Patria Potestad, pues a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el nuestro distingue entre ambas instituciones. Seguiremos a la doctrina y a la jurisprudencia en la definición de la patria potestad y daremos un concepto de la guarda y custodia con carácter general para, posteriormente, tras hacer referencia al debate doctrinal y jurisprudencial existente sobre la terminología utilizada por el legislador, profundizar en la definición de la guarda y custodia compartida.

Distinguiremos, también, en este capítulo la guarda y custodia compartida del derecho de visitas.

A continuación, fijaremos el marco legal de la guarda y custodia compartida, haciendo referencia a sus antecedentes legales, con especial hincapié en el art. 92 CC. Señalaremos los requisitos que el citado cuerpo legal exige para la adopción del régimen de custodia compartida, distinguiendo entre la regla general (a solicitud de ambos progenitores) y la excepción (a solicitud de uno de los progenitores).

Es necesario puntualizar que hasta la reforma del año 2005, el CC no regulaba la custodia compartida. Sin embargo, como observaremos del análisis jurisprudencial que se realizará en el capítulo 2, con anterioridad a la citada reforma ya existieron pronunciamientos judiciales que admitían esta medida de guarda y custodia, si bien, muy excepcionalmente.

Concluiremos con una referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia aprobado por el Consejo de Ministros, recogiendo algunas de las reformas más significativas y, en cuanto resultan relevantes para el objeto del presente trabajo, pues se trata de un Anteproyecto que puede sufrir modificaciones durante su tramitación parlamentaria.

El capítulo segundo, bajo el título “praxis judicial de la guarda y custodia compartida en el derecho común”, analizaremos la jurisprudencia con la finalidad de ofrecer un panorama representativo de las principales decisiones de los Tribunales que hasta el momento han sido dictadas en relación con la guarda y custodia compartida. Recogeremos los diferentes criterios que se han utilizado por los Tribunales para conceder o no la custodia compartida, así como los razonamientos que se han esgrimido para rechazar o admitir el régimen de guarda compartida.

Comenzamos examinando las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales desde el año 1996, clasificándolas en antes y después de la reforma del Código Civil (año 2005), y dentro de éstas entre aquellas que concedían la custodia compartida y las que la rechazaban. A continuación hemos recogido los pronunciamientos del Tribunal Supremo respecto del régimen de custodia compartida.

Como último epígrafe, detallaremos las diferentes modalidades de custodia compartida otorgada por los Tribunales, atendiendo al lugar donde se ejerza la alternancia y al reparto del tiempo. Concluyendo con los datos que nos ofrece el Instituto Nacional de Estadística respecto de las separaciones y divorcios producidos entre cónyuges de diferente sexo, según tipo de separación y cónyuge que debe ejercer la custodia.

En el tercer capítulo, recogemos un estudio, en profundidad, de la legislación autonómica y de la práctica judicial en torno al régimen de guarda y custodia compartida.

Abordaremos de manera pormenorizada el ámbito objetivo y la finalidad de cada una de las legislaciones autonómicas en la materia. Posteriormente, analizaremos el carácter preferente de la custodia compartida y el interés del menor junto con los criterios legales para la determinación del régimen de custodia, finalizando con una pequeña referencia a los datos estadísticos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística. Todo ello, acompañado de un completo análisis de la jurisprudencia al objeto de comprobar que a pesar del carácter preferente que el legislador, en aquellas Comunidades Autónomas con Derecho foral, otorga a la custodia compartida, los Tribunales “descienden” al caso concreto aplicando el criterio preferente del interés del menor.

En el capítulo cuarto, recogeremos los criterios que ha utilizado la jurisprudencia en el derecho común y en el derecho foral para conceder o no el régimen de guarda y custodia compartida, teniendo en cuenta, que el criterio en función del cual giran todos los demás es, el interés superior del menor. Por ello dedicaremos el último epígrafe al *favor filii*, puesto que pretendemos concluir que el interés superior de los hijos es el único criterio preferente a tener en cuenta para tomar la decisión sobre el régimen de guarda más beneficioso para los hijos en los casos de crisis familiar.

Y finalizaremos el presente trabajo recogiendo las conclusiones extraídas.

Es evidente que se ha escrito mucho en torno al régimen de guarda y custodia compartida. Al abordar esta materia hemos sido conscientes de la amplitud y transversalidad de la materia, puesto que, lejos de ser un tema puramente jurídico, enfoque desde el que lo hemos abordado- afecta a cuestiones sociales, psicológicas, morales, etc. Así, por ejemplo, los problemas económicos que conlleva cada régimen, entre otras muchas, podrían ser también ser estudiadas y esperamos poder hacerlo en futuros trabajos sobre el tema.

Pensamos que será muy difícil, casi imposible, lograr un criterio unánime acerca del régimen de guarda y custodia más beneficioso para los hijos, ya que la configuración, bien individual o exclusiva, o bien conjunta o compartida, del régimen de guarda y custodia de los hijos tiene una importancia capital, pues, entre otras

cuestiones, determina el sentido y alcance de las medidas económicas consecuentes a la ruptura de la pareja, como la atribución del uso de la vivienda familiar y la fijación de la pensión alimenticia.

La ruptura de la pareja genera un cúmulo de consecuencias que inciden en los ámbitos personal, familiar y patrimonial de quienes la conforman y que configura, por si misma, un “nuevo régimen”.

Sin embargo, creemos que desde la perspectiva jurídica debería uniformarse la regulación de la guarda y custodia de los hijos, considerando como única premisa la satisfacción del *favor filii*.

CAPÍTULO 1

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

1.1.- INTRODUCCION.

Se puede definir el Derecho de Familia como el conjunto de normas jurídicas, integrantes del Derecho civil, que regulan la familia en todos sus aspectos de Derecho privado. Comprende, básicamente tres aspectos: el matrimonio, la filiación y la tutela.⁴

A diferencia de lo que ocurre en otros Códigos Civiles, el español carece de un tratamiento específico y unitario del Derecho de Familia por lo que sigue un formato más próximo al modelo romano⁵, tal y como posteriormente veremos.

El Derecho de Familia ha experimentado en nuestro tiempo una evolución profunda originada, entre otros factores, por los cambios producidos en los hábitos y en las creencias sociales. Tal como indica LASARTE⁶, “*evidentemente, de los diversos sectores del Derecho Civil, es el Derecho de Familia el que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de Familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas*”.

Las últimas reformas del Derecho de Familia, especialmente las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer

⁴ O’Callaghan Muñoz, X. *Compendio de Derecho Civil Tomo IV Derecho de la persona y de la familia*. 2ª Edición, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2016, pp.141-142

⁵ Cfr. GARCIA PRESAS, I. El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil, p.240. <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20266/1/GarciaPresas.pdf>. Consulta 5/09/2013.

⁶ LASARTE ALVAREZ, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo social y relaciones laborales*. Edit. Dykinson S.L. Madrid 2005, p.324.

matrimonio⁷, y 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio⁸, permiten afirmar que estamos asistiendo a una auténtica redefinición del Derecho de Familia, que en algunos aspectos esenciales se asienta sobre bases que implican una quiebra o ruptura con el sistema anterior⁹.

La nueva etapa del Derecho de Familia se ve confirmada, asimismo, por la incesante y copiosa legislación nacional y autonómica de los últimos años.

El Derecho de Familia resulta especialmente sensible a los cambios sociales e incluso políticos, lo que ha provocado profundas modificaciones del mismo a lo largo del siglo XX, básicamente como consecuencia de la necesaria adaptación de los preceptos del Código Civil a la Constitución de 1978.

En este capítulo hemos optado por comentar la normativa sobre el régimen de guarda y custodia compartida, con el objeto de entender luego la aplicación que de dicha normativa ha hecho la jurisprudencia. Comenzaremos por situar la cuestión relacionando los conceptos patria potestad, guarda y custodia y el derecho de visitas. Continuaremos el capítulo recogiendo los antecedentes legales de la regulación de la guarda y custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, prestando especial atención a la regulación que de esta medida de guarda ha hecho el Código Civil, finalizando con una breve referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

1.2.- ASPECTOS GENERALES Y CONCEPTOS RELACIONADOS: PATRIA POTESTAD, GUARDA, CUSTODIA Y VISITAS.

⁷ LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE nº 157, 2/07/2005.

⁸ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE nº 163, 9/07/2005.

⁹ Cfr. LINACERO DE LA FUENTE. M. “Leyes de familia y constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio”, en Revista de Derecho Privado, nº 3-4/2006, Marzo- Abril 2006. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/leyes-familia-constitucion-ley-1-8-328836>. Consulta 13/01/2015.

El objeto de este trabajo hace necesario que fijemos y pongamos en relación, antes de entrar en materia, determinados conceptos, como son el de la patria potestad y el de guarda y custodia, pues a diferencia de otros ordenamientos jurídicos el nuestro distingue entre ambos conceptos, de tal forma que en sus legislaciones el/la progenitor/a custodio/a es el/la que asume en exclusiva la responsabilidad sobre el o la menor y quien tiene la facultad de decidir cualquier aspecto de la vida de su hijo y de su hija, excluyendo al/la progenitor/a no custodio/a de cualquier toma de decisiones¹⁰.

Para la doctrina, en los supuestos de crisis familiar “*el concepto propio o genérico de ejercicio de la patria potestad quiebra, dando lugar, fundamentalmente, a otros tres conceptos o figuras: la guarda, el derecho de visitas y el ejercicio*”¹¹.

La separación de los padres en cuanto situación de hecho, es decir, independientemente de su base jurídica, no puede suponer alteración de la titularidad de la patria potestad, si bien conducirá normalmente a que se atribuya su ejercicio a uno o a otro o ambos progenitores¹².

Ya apuntaba GARCIA CANTERO¹³ esta diferencia cuando decía que “*hay que distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio manifestado en la guarda, cuidado y educación de los menores*”.

Y, en el mismo sentido, se ha sostenido que la patria potestad y la guarda y custodia no son lo mismo, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte, en situacionales normales de convivencia de los progenitores¹⁴.

¹⁰ ARAMBURU MUÑOZ, I., CHATO FRANCO, M., MARTÍN MARÍA, B. en PEREZ-VILLAR APARICIO, R (coord.) “Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida” en Themis, Asociación de Mujeres Juristas, 2007, pp. 1-129. <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-themis/category/12-custodia-compartida-themis?download=50:estudio-custodia-compartida>. Consulta 13/08/2016.

¹¹ SANCHEZ MARTIN, P; ALVAREZ ALARCOR, A; BLANDINO GARRIDO, A. *Las crisis matrimoniales 2ª Edición*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 221.

¹² Cfr. MONTERO AROCA, J. *Guarda y custodia de los hijos (la aplicación práctica del art. 92 CC)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 15.

¹³ Cfr. GARCIA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo II*. Edit. Edersa, Madrid 1982, p. 392.

En esta línea, debemos señalar que el Código Civil¹⁵ (en adelante CC) regula separadamente la patria potestad (titularidad y ejercicio) y la guarda y custodia; ésta se recoge como un efecto de la nulidad, separación o divorcio en los arts. 90 y siguientes y aquélla, con sustantividad propia, se regula en el Título VII, bajo la rúbrica “*De las relaciones paterno-filiales*”.

1.2.1.- El concepto de Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia.

La patria potestad fue un modelo de autoridad repetido en los pueblos de la antigüedad como demuestran, según BONFANTE, los números escritores antiguos que nos han transmitido episodios de ejercicio de la patria potestad, caracterizados por su extrema gravedad¹⁶.

La patria potestad, *patria potestas*, era la jefatura doméstica o soberanía que, el jefe del grupo, el *paterfamilias*, ejercía sobre todos los miembros del mismo. Se configuraba como un poder absoluto y despótico concebido a favor de quien lo ejercía, hasta el extremo, que en el Derecho romano clásico se declaraba que, el *paterfamilias* gozaba del “derecho de la vida y la muerte” (*ius vitae et necis*) sobre sus hijos, y, al mismo tiempo, se constituía como instrumento de cohesión del grupo mismo. La patria potestad venía a ser el eje del Derecho de Familia, pues, todas las instituciones familiares se concebían en función de ella; y, así concebida, representaba un verdadero derecho subjetivo del *paterfamilias* sobre los hijos, así como sobre los bienes o frutos de los bienes que, pudieran pertenecerles (normalmente por haberlos heredado de otros familiares)¹⁷.

¹⁴ Cfr. PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida*. Colección Práctica Jurídica. Edit. Bosch, Barcelona 2009, pp. 35-37.

¹⁵ La Gaceta nº 206, 25/07/1889.

¹⁶ Cfr. BONFANTE Corso di Diritto romano, I, Roma, 1925, p. 71. Nº 2 y 72, n1, cit., por CAPROGRASI, Patria potestà: s) Diritto romano, en “Enciclopedia del Diritto”, vol. XXXII, p.242.

¹⁷ Cfr. BERROCAL LANZAROT A. I. “La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 723, Enero 2011, p. 480. <https://app.vlex.com/#ES/vid/262287054>. Consulta 16/08/2013.

“El Derecho Romano, durante toda la época verdaderamente romana, es el derecho de los paterfamilias”¹⁸.

La evolución posterior del Derecho romano, del Derecho común y del Derecho moderno ha transformado el sentido de la patria potestad. Así, aunque seguimos siendo fieles al modelo romano de la *patria potestas*, en la actualidad, se configura como una función al servicio del desarrollo personal del menor, atribuyéndose conjuntamente a ambos progenitores, iguales en derechos y deberes, y con una duración limitada, pues se acaba al alcanzar el hijo la mayoría de edad o antes, mediante la emancipación¹⁹.

El Código Civil no da una definición de patria potestad, aunque, desde luego, sí describa con precisión los concretos deberes y las específicas facultades que la integran.

Jurisprudencialmente²⁰ se ha configurado la patria potestad, más que como un poder, como una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados.

Se concibe, así, la patria potestad, como un derecho-deber o como una función.

1.2.1.1. La patria potestad como derecho-deber²¹.

¹⁸ IGLESIAS J. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11º ed. Edit. Ariel S.A., Barcelona 1997, p.466.

¹⁹ Cfr. BERROCAL LANZAROT A. I. *op. cit.* p. 480.

²⁰ A título de ejemplo la SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 29 Nov. 2005, rec. 785/2005 (ROJ: SAP M 12995/2005).

²¹ SAP Alicante, Sección 6ª, 11 Feb. 2000, rec. 1164-A/1998 (LA LEY 36066/2000). SAP Asturias, Sección 7ª, 11 Jun. 2002, rec. 93/2002 (LA LEY 110366/2002). SAP Valencia, Sección 10ª, 25 Oct. 2007, rec. 840/2007 (LA LEY 216205/2007). SAP Málaga, Sección 6ª, 28 Sep. 2010, rec. 253/2010 (LA LEY 291816/2010).

La relación paterno-filial que une a los padres con sus hijos menores de edad no emancipados o mayores incapacitados²², determina un conjunto de obligaciones y responsabilidades, conocido como patria potestad. Se ubica la misma entre las medidas de protección de los menores, siendo de entre éstas, la más natural²³. Su regulación en el Código Civil se encuentra en los cuatro primeros capítulos del título VII, del Libro I (arts. 154 a 171).

De manera que, los derechos y facultades que la Ley reconoce a los padres (por el hecho de serlo) constituyen el instrumento de cumplimiento de las obligaciones que también la Ley les impone. Son derechos que se conceden, no pensando en su titular, sino en el mejor cumplimiento de los deberes y funciones que se pretende que sirvan.

Para el Tribunal Supremo²⁴, la patria potestad se configura, como un derecho inherente a la paternidad-maternidad que tiene como principal objetivo el beneficio de los hijos. De forma que su ejercicio no se constituye en meramente facultativo para su titular sino en obligatorio para quien lo ostenta²⁵.

En ese sentido, el ejercicio de la patria potestad está ligado al beneficio de los hijos, principio que debe ser desarrollado de acuerdo a la personalidad del menor²⁶.

²² El art. 171 CC establece que “*la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedara prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad*”. Se habla en estos casos de patria potestad prorrogada.

²³ Cfr. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. “La patria potestad”, en *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. 1º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), Edit. Civitas, Madrid 2001, p. 621.

²⁴ La SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 25 Jun. 1994, rec. 2559/1991 (LA LEY 13968/1994) definía la patria potestad como el “*conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados constituyendo a la par un conjunto de deberes que como inherentes a dicha institución, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos*” y, en el mismo sentido, la de 9 Jul. 2002, rec. 482/1997 (LA LEY 306/2003).

²⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, 11 Oct. 1991 (LA LEY 44425-JF/0000). La STS, Civil, Sección 1ª, 9 Julio 2002, rec. 482/1997 (ROJ: STS 5126/2002) señala que la patria potestad viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico como un “*derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos, así lo dice el referido art. 154, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (Sentencias de 28-10-1891, 25-6-1923, 3-3-1950, 18-2-1969 y 9-3-1984), así como las más recientes (Sentencias de 23-7-1987, 30-4-1991, 18-10-1996 y 5-3-1998)*.”

²⁶ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 12 Feb. 1992 (LA LEY 2944/1992), 25 Jun. 1994, rec. 2559/1991 (LA LEY 13968/1994), 5 Mar. 1998, rec. 506/1994 (LA LEY 6084/1998) y 23 Feb. 1999, rec. 2329/1994 (LA LEY 2949/1999).

En esta línea se pronuncia DÍEZ PICAZO y GULLÓN²⁷, al concebir la patria potestad como conjunto de poderes que tienen como finalidad el cumplimiento de deberes y obligaciones que tienen los padres por imperio de la Ley.

También, MORÁN GONZÁLEZ²⁸, define la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación. Es decir, un derecho que se concede para el cumplimiento de los deberes de asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida de sus hijos.

Por su parte el art. 39 de la Constitución española²⁹ (en adelante CE.) establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en Derecho proceda. Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza, matrimonial, no matrimonial o adoptiva.

²⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de sucesiones*. Edit. Tecnos, Madrid 2006, p. 256.

²⁸ Cfr. MORÁN GONZÁLEZ, I. “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en *Custodia Compartida y protección de menores*, (Director: Tapia Parreño J. J), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, p. 77.

El citado art. 39 CE dispone que: “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 los que legalmente proceda.*

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

²⁹ BOE nº 311, 29/12/1978.

Para ALBALADEJO³⁰, “*mientras los hijos son menores de edad los padres tienen muchos deberes hacia ellos, para su protección y formación. Y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos. Llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos*”.

Como señala PÉREZ SALAZAR³¹, en su estudio sobre la patria potestad, de la redacción del art. 154 del Código Civil y del análisis de los preceptos siguientes y concordantes, pueden extraerse una serie de características de la institución:

- La patria potestad está formada por un conjunto de derechos y deberes.
- Los derechos y deberes que la componen se establecen en interés del menor o incapaz.
- El origen de la patria potestad se halla en la procreación natural o en la adopción.
- Es un derecho irrenunciable e indisponible.

1.2.1.2. La patria potestad como función³².

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo³³, en reiterada doctrina, concibe la patria potestad como una función al servicio del hijo. Como función al servicio del

³⁰ ALBALADEJO GARCIA, M. *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*. Edit. Bosch, Barcelona 2002, p. 267.

³¹ Cfr. PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. “Patria potestad”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid 2005, p. 184.

³² Para la SAP de Les Illes Balears, Sección 3ª, 5 Jul. 2004, rec. 267/2004 (LA LEY 159536/2004), la patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden. SAP de Málaga, Sección 4ª, 24 Ene. 2006, rec. 841/2005 (LA LEY 42793/2006). SAP de La Rioja, 31 Jul. 2000, rec. 333/1999 (LA LEY 156945/2000).

³³ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 12 Feb. 1992 (LA LEY 2944/1992) y 31 Dic. 1996, rec. 1743/1993 (LA LEY 508/1997).

hijo³⁴, la patria potestad se dirige a prestarle la “*asistencia de todo orden*” a que se refiere el art. 39.3 CE.

Ya la Audiencia Provincial de Madrid³⁵, definió la patria potestad como “*una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sometimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya que se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyacen en el art. 154 del Código Civil*”.

Por lo que respecta a la doctrina³⁶, concibe la patria potestad como una función (responsabilidad) que el Estado y la sociedad, confían a los padres; pero el ámbito de poder que ese *officium* les confiere, y el interés de los padres en ese marco, no es ya en interés propiamente suyo, ni siquiera interés familiar, sino precisamente en interés del hijo menor o incapacitado (art. 154-2º CC).

Al Estado y a la sociedad les interesa cómo se forma y educa al menor o incapacitado, si goza y son respetados sus derechos fundamentales, cómo pasa de niño a ciudadano adulto, porque, además de su valor social, aquéllos (Estado y sociedad) habrán de aceptarlo en su ámbito como sujeto activo cuando deje de estar dirigido y controlado por sus padres; no podrán rechazarlo luego: es, pues, evidente el interés público implicado en esta cuestión³⁷.

³⁴ TSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 14 Jun. 1995 (LA LEY 7165/1995). SAP de Madrid, Sección 24ª, 15 Dic. 2010, rec. 1120/2010 (LA LEY 263114/2010).

³⁵ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 29 Nov. 2005, rec. 785/2005 (ROJ: SAP M 12995/2005).

³⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª. *La patria potestad*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid 1960, pp. 8-9. ALBALADEJO, M. *op. cit.* pp. 63 - 67. PINTO ANDRADE, C. *op. cit.* p.35.

³⁷ Cfr. RIVERO HERNANDEZ, F. *El interés del menor*. Edit. Dykinson S.L. Madrid 2007, p. 309.

Siguiendo esta línea, para MAGAZ SANGRO³⁸, la patria potestad es una “*función tuitiva genérica*”, que la ley reconoce a ambos progenitores, en relación a los hijos menores o incapacitados, que incluye una serie de funciones específicas que vienen recogidas en el art. 154 CC.

Para comprender mejor el significado de la palabra “función”, el Diccionario de la Lengua Española define la misma como la “*tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas*”³⁹.

Como ya hemos afirmado, la patria potestad se concibe como un conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos menores no emancipados⁴⁰ y, por tanto, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole⁴¹.

En conclusión, podemos decir que la patria potestad se configura, en la actualidad, como una función que deben ejercer los progenitores siempre en interés del menor sometido a ella, tal y como establece el art. 154 del CC. Según dicho precepto, su contenido sería velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

Pero este listado debe considerarse meramente enunciativo. El resumen de las obligaciones que comprende se contiene en la primera: “velar por ellos”⁴². Es decir, cuidarlos con todo el mimo y atención que requieren, para conseguir un desarrollo físico

³⁸ Cfr. MAGAZ SANGRO, C. “La patria potestad en los pleitos matrimoniales”, en RODRIGUEZ TORRENTE, J. (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, pp. 99-101.

³⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=FUNCION>. Consulta 16/08/2013.

⁴⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ J. *op. cit.* p. 621. STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 31 Dic. 1996, rec. 1743/1993 (LA LEY 508/1997).

⁴¹ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a. *op. cit.* pp. 8-9. ALBALADEJO, M. *op.cit.* p. 267. VENTOSO ESCRIBANO A. *La representación y disposición de los bienes de los hijos*”. Edit. Colex, Madrid 1989, p. 13.

⁴² El Diccionario de la Lengua Española define el término “velar” como “*hacer guardia de noche, al cuidado de (algo o alguien)*” y ‘*observar atentamente o vigilar*’, “*cuidar solícitamente*”. <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=velar>. Consulta 4/10/2016.

y de la personalidad acorde con la realidad actual y sus potencialidades. Actuación que debe realizarse siempre en su beneficio, por encima, incluso de los intereses de sus progenitores.

En la concepción actual los hijos no son “propiedad” de los padres. Por encima de sus intereses están siempre los intereses de los menores. El ejercicio de los derechos sobre los niños menores de edad en ejercicio de las facultades atribuidas por la patria potestad, no se abandonan en manos de sus titulares; sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el correcto ejercicio de esas potestades por sus padres⁴³, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño. Hasta el punto de provocar la asunción de la tutela en situaciones de riesgo⁴⁴.

Por último y para concluir este acercamiento al concepto de la patria potestad cabe reseñar que dicha institución y su contenido están en la actualidad siendo superados por el concepto de “responsabilidad parental” que recoge, por ejemplo, el art. 2 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre del Consejo de Europa⁴⁵, que define la responsabilidad parental como el conjunto de derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor.

1.2.2.- El concepto de guarda y custodia en la doctrina y en la jurisprudencia.

Conforme con lo expuesto, queda claro que el concepto de patria potestad está íntimamente unido al de guarda y custodia, son conceptos unitarios en el caso de que la

⁴³ Art. 39 CE.

⁴⁴ Art. 172 CC.

⁴⁵ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE nº 338, 23/12/2003.

convivencia familiar no se interrumpa y que es preciso distinguir en situaciones de crisis familiar⁴⁶.

Como ya hemos apuntado, las obligaciones de los padres continúan existiendo después de la separación, la nulidad y el divorcio y, por tanto, cada uno de ellos desde su nueva posición ha de seguir cumpliendo con los deberes que la patria potestad les impone.

Por lo que respecta a la definición de la guarda y custodia no es cuestión pacífica, entre otras razones porque las normas al respecto contenidas en el Código Civil son ambiguas e imprecisas. Basta observar los artículos del Código Civil para ver que no existe unanimidad en la terminología utilizada.

A partir de la reforma del año 1981⁴⁷, se mantiene el término “cuidado”, recogido en el art. 90, letra a) que se refiere a “...*el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos*” y art.159 del Código Civil que expresamente dispone que “...*al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad*”. Además junto al término “cuidado” se comienza a utilizar la palabra “guarda”, recogándose en el art. 158.2 cuando se refiere a los “...*casos de cambio de titular en la potestad de guarda*” y en el segundo párrafo del art. 1903 que regula la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por “...*sus hijos sujetos a guarda*”.

El Código Civil no adopta de forma positiva la expresión guarda y custodia hasta la reforma introducida, a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. MORÁN GONZÁLEZ, I. *op. cit.* p. 80.

⁴⁷ Reforma introducida al amparo de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE nº 119, 19/05/2005) y Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE nº 172, 20/7/1981).

⁴⁸ LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE nº 163, 9/07/2005.

De igual manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁹ (en adelante LEC), en las disposiciones referentes a los procesos de separación y divorcio arts. 748. 4, 769. 3 y 770. 6 si bien utilizan los términos “*guarda y custodia*”, tampoco prevén una definición.

Antes de entrar en el concepto de guarda y custodia, consideramos que debemos señalar que somos partidarios, junto con un sector doctrinal⁵⁰ y como veremos jurisprudencial, de considerar que los vocablos “guarda y custodia” tienen un significado similar y que vienen referidos al cuidado, educación y formación integral de los hijos. Y que, por ello, el Código Civil español los utiliza indistintamente. Nosotros a lo largo del presente trabajo también utilizaremos indistintamente los términos guarda y custodia, ya sea de manera conjunta o separada.

Dicho esto, podemos afirmar que no existe una definición legal de los términos en cuestión, es más, el concepto de guarda y custodia se encuentra en constante evolución. No obstante, vamos a recoger algunas de las definiciones doctrinales que se han ofrecido respecto al concepto de guarda y custodia.

Etimológicamente, el término custodia nos permite deducir algunas de las características de su ejercicio, así, la Real Academia Española⁵¹ la define como “*acción y efecto de custodiar*” y, por tanto, “*guardar con cuidado y vigilancia*”. Debemos partir de una identidad total entre el concepto de “cuidado” de los padres con el de “guarda y custodia”.

⁴⁹ LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 575, 8/01/2000.

⁵⁰ Cfr. MORÁN GONZÁLEZ, I. *op. cit.* p. 80. RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “La guarda y custodia de los hijos”, en Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 15, enero-diciembre 2001, pp. 282. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229886.pdf>. Consulta 10/10/2016. Cfr. ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales*. Edit. Comares, Granada 2000, p. 64. considera la guarda y custodia como sinónimos, cuando afirma que la guarda o cuidado “*no es más que la convivencia física habitual con el menor*”, perteneciendo siempre a ambos progenitores el deber de tener a sus hijos en su compañía, sin perjuicio de que el no guardador los tenga durante menos tiempo que el que convive habitualmente con ellos.

⁵¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=custodia>. Consulta 16/08/2013.

Un sector doctrinal⁵² define la guarda y custodia como una de las funciones implícitas en la patria potestad que, como consecuencia de la ruptura de la pareja, se desgaja de aquella para pasar a ser un derecho-deber independiente, constituyendo su contenido fundamental conceder toda clase de cuidados a los hijos y tener a éstos en su compañía.

Es por esto, que se ha afirmado que la guarda y custodia, así concebida, no es más que un supuesto de disgregación entre la titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma; disgregación que goza de respaldo legal en el art. 156 CC, que la contempla para aquellos casos en que los desacuerdos entre los padres respecto al ejercicio de la patria potestad sean reiterados o concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de este deber.

GUILARTE MARTÍN-CALERO⁵³ define la guarda como *“aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.”*

Esta concepción restringida equipara la guarda y custodia con el derecho a convivir de forma habitual con el menor y convierte la custodia compartida en una mera

⁵² Cfr. BERMÚDEZ BALLESTEROS M. S. “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”, en Aranzadi Civil-Mercantil, nº. 2/2001, Edit. Aranzadi, S.A. Pamplona 2001, p. 19. Cfr. BERNAL SAMPER, T. *La mediación: una solución a los conflictos de pareja*. Edit. Colex, Madrid 2008, p. 47. Cfr. CAMPO IZQUIERDO, A. L. “¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Edit. La Ley, p.1.

⁵³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial” en Revista para el Análisis del Derecho, en InDret 2/2008, Barcelona 2008, pp.4. www.indret.com. Consulta 20/08/2013.

entelequia, dada su incompatibilidad con la ruptura de la convivencia entre progenitores⁵⁴.

Frente a esta concepción, hay otra que amplía el entendimiento de la guarda y custodia, más allá del cuidado directo del menor, hasta abarcar la responsabilidad general del menor⁵⁵. En este contexto, la “custodia compartida” viene a significar que se encomienda la responsabilidad del menor a ambos progenitores, sin hacerse referencia a la simultaneidad de éstos en el cuidado personal y directo del menor, que sigue encomendado a uno de los padres.

De acuerdo con lo anterior, un sector doctrinal⁵⁶ ha distinguido entre una acepción restringida de la guarda y custodia consistiendo ésta en “*el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia*” y otra más amplia consistente en “*el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo*”.

RAGEL SÁNCHEZ⁵⁷ mantiene que la guarda y custodia consiste en “*una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquel por parte de éste o éstos*”.

En el III encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia⁵⁸ celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de octubre de 2008, entre las conclusiones acordadas, se estableció “*que el termino custodia hace referencia*

⁵⁴ ALFONSO RODRIGUEZ, M.E. “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la Lec: Guarda y Custodia Compartida”, en Anales de la Facultad de Derecho nº 13, abril 2006, Universidad la Laguna, p.85.

⁵⁵ Sostenida entre otros por GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. Edit. McGraw-Hill Interamericana, Madrid 1997, p. 23.

⁵⁶ Por ejemplo, LATHROP GÓMEZ, F. *Custodia compartida de los hijos*. Edit. La Ley, Madrid 2008, p. 276.

⁵⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *op. cit.* p. 289.

⁵⁸ <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=546>. Consulta 16/08/2013.

a convivencia, no implicando más derechos, y consecuentemente no supone un status privilegiado de un progenitor frente al otro...”.

De las definiciones anteriores podemos destacar tres características del concepto de guarda y custodia en general:

1.- Es parte de la patria potestad.

2.- Implica convivencial habitual.

3.- Se refiere al aspecto personal e inmediato del menor. Es decir, a las relaciones cotidianas que son fruto de la convivencia.

La jurisprudencia en España, como no podría ser de otro modo, también ha definido la guarda y custodia. Para el Tribunal Supremo⁵⁹, el derecho de guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad y la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.

Por lo que respecta a la jurisprudencia menor⁶⁰ ha manifestado que la guarda y custodia de los hijos menores constituye uno de los deberes y facultades de los padres, en la esfera personal que lleva implícito el instituto de la patria potestad, de lo que se deduce que los progenitores, cotitulares de la patria potestad con relación a los hijos, tienen el deber y facultad de velar por ellos y tenerlos en su compañía; ese concepto de “*compañía*” presupone no solamente una inmediación física y el mismo techo, sino una comunicación de afectividad y cariño, unido todo ello, al deber de velar por los hijos en el sentido más amplio de la expresión. Añadiendo que “*ese deber y la facultad de tener*

⁵⁹ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 19 Oct. 1983 (LA LEY 8218-JF/0000) y 26 Oct. 2012, rec. 1238/2011 (LA LEY 158044/2012).

⁶⁰ SAP Huelva, Sección 1ª, 30 Mar. 2007, rec. 22/2007 (LA LEY 57475/2007). SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, Sentencia de 21 Jul. 2008, rec. 667/2007 (LA LEY 272652/2008).

a los hijos menores en compañía de los padres se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los hijos, constituyendo presupuesto de la misma”⁶¹.

1.2.3. El concepto de guarda y custodia compartida.

Una vez delimitado el concepto de guarda y custodia, debemos centrarnos ya en el de la guarda y custodia “compartida”, objeto de este trabajo. Sin embargo, antes de entrar en el concepto en sí mismo, haremos referencia al debate doctrinal y jurisprudencial que existe respecto de la terminología utilizada por el legislador. Y, finalizaremos distinguiendo la medida de guarda y custodia compartida del derecho de visitas.

1.2.3.1. Debate doctrinal y jurisprudencial.

Resulta sorprendente que ni el Código Civil ni la mayoría de legislaciones autonómicas que han abordado la materia, han aportado una definición de la guarda y custodia compartida. Únicamente, el art. 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Generalitat Valenciana⁶² viene a determinar qué “*por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial*”.

La terminología utilizada por el legislador tampoco parece del todo acertada. Así el Código Civil se refiere a la guarda y custodia compartida con expresiones como: “*ejercicio compartido de la guarda y custodia*”, “*guarda conjunta*” y “*guarda y custodia compartida*”.

⁶¹ SSAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 26 Mayo 2008, rec. 647/2007 (ROJ: SAP TF 1799/2008) y 21 Julio 2008, rec. 667/2007 (ROJ: SAP TF 2190/2008). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 14 Oct.2008, rec. 206/2008 (ROJ: SAP IB 1512/2008).

⁶² Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE nº 98, 25/04/2011.

El CC no da una definición, limitándose a emplear el término, pero sin definirlo ni explicarlo.

Debemos destacar que un importante sector de la doctrina rechaza la terminología finalmente aprobada por el legislador, señalando la confusión de éste en cuanto a la definición de la guarda y custodia compartida⁶³.

Sin embargo, no han faltado autores que consideran acertada la utilización del término “compartida” que emplea nuestro ordenamiento jurídico, ya que destacan que la custodia compartida supone la aplicación de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad.

Así, por ejemplo, para HERNANDO RAMOS⁶⁴, la opción por la custodia compartida implica reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y los mismos deberes ante sus hijos y en ese sentido la define como “*la asunción compartida de autoridad y responsabilidad de derechos y obligaciones entre los padres separados, en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes*”. Y para CRUZ GALLARDO⁶⁵ “*la custodia compartida es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de períodos de tiempo de convivencia de los hijos. Implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad (principios de igualdad y responsabilidad material), poniendo fin a la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los períodos de vacaciones*”.

Respecto de los autores que se manifiestan contrarios a la utilización del término custodia compartida, LATHROP GÓMEZ⁶⁶, afirma que se confunde la custodia

⁶³ ORTUÑO MUÑOZ, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Edit. Civitas, Navarra 2006, p. 62, considera que la confusión terminológica es reflejo de una confusión conceptual.

⁶⁴ HERNANDO RAMOS, S. “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida” en Diario La Ley nº 7206. Sección Tribuna, 29 de Junio de 2009, ref. D-232 (LA LEY 12953/2009).

⁶⁵ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en la crisis matrimoniales*, Edit. La Ley, Madrid 2012, p 424.

⁶⁶ LATHROP GÓMEZ, F. *op. cit.* pp. 275-276.

compartida con la custodia distributiva o partida, consistente en el reparto de los hijos entre padre y madre de manera que cada uno de éstos convive con uno o más de los menores, separándoles de los hermanos, quienes viven con el otro padre o madre. También se confunde, para la citada autora, la guarda y custodia alternada con el régimen de estancias.

Para este crítico sector doctrinal⁶⁷ sería más exacto hablar de custodia alterna o alternativa. Manifiestan que se parte de un error de planteamiento y de terminología. Pues la custodia compartida solo cabe cuando el núcleo familiar está unido. Se puede compartir la responsabilidad o la patria potestad, pero en ningún caso la custodia. Si los padres están separados la custodia la ejerce uno u otro, pero no la comparten.

Consideran que el ejercicio de la custodia va a ser, en realidad, alternado, o por periodos- más o menos largos, o más o menos breves- alternos, en función de los periodos de tiempo establecidos en convenio regulador y aprobados judicialmente en sentencia, o dictados en la propia resolución judicial que pone fin a un proceso de separación o divorcio de carácter contencioso.

Para GUILARTE MARTÍN-CALERO⁶⁸ *“la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición del guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el*

⁶⁷ Cfr. SAN SEGUNDO, M. T. “Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos”, en TAPIA PARREÑO, J.J. (dir.) *Custodia Compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010, p. 141.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Nulidad, separación y Divorcio en la jurisprudencia*. Edit. Reus, Madrid 2003, p. 105.

PINTO ANDRADE, C. *op.cit.* p.41.

Para ROMERO COLOMA, A.M. “La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 814/2011, Edit. Aranzadi, Pamplona 2011, p.1.; el termino guarda y custodia compartida no es correcto, ya que cuando, los progenitores están separados o divorciados, no es posible, la guarda conjunta, ya que ambos progenitores, en esta situación, no pueden ejercer de modo simultaneo el cuidado de los hijos menores de edad, ya que no hay entre los cónyuges convivencia.

⁶⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentarios al nuevo artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIERREZ V. (Dir) *Comentarios a la Reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005 de 8 de Julio)*. Edit. Lex Nova, Valladolid 2005.

derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja". Por su parte, PÉREZ UREÑA⁶⁹ mantiene que *"La guarda y custodia compartida es aquel modelo de guarda en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores"*.

En la misma línea, RIVERA ALVAREZ⁷⁰, ha señalado que el legislador español, se plantea la utilización de una terminología anglosajona de la figura de estudio, calificándola como guarda o custodia compartida o conjunta. Para este autor, esta calificación es equívoca por cuanto no se trata, solamente, de que el Juez atribuya la guarda y custodia a uno de los cónyuges sino que atribuye conjuntamente a ambos la guarda y custodia, lo cual supone un reparto sucesivo y relativamente igualitario del tiempo de convivencia entre los progenitores o adoptantes; de modo que, realmente ejercen de modo ordinario y cotidiano la patria potestad alternativamente a partir del hecho de la separación o la falta de convivencia de ambos cónyuges.

En este sentido, se ha criticado por la jurisprudencia⁷¹ que, bajo la denominación equívoca de custodia "compartida", pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado

⁶⁹ PEREZ UREÑA, A. "El interés del menor y la custodia compartida (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la Revista de Derecho de Familia. Nº 24 de julio 2004, pág. 221 y 2229", en Revista de Derecho de Familia nº 26, 2005 pp. 275.

⁷⁰ Cfr. RIVERA ALVAREZ, J. M. "La custodia compartida: Génesis del nuevo art. 92 del Código Civil", en Cuadernos de Trabajo Social., vol. 18, Madrid 2005, pp. 145 y ss. <http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/nuevo-art-92-cc,0.pdf>. Consulta 10/10/2016.

⁷¹ La AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, Auto de 26 Ene. 2004, rec. 619/2003 (LA LEY 21869/2004), utiliza los términos custodia alternada y compartida como sinónimos. La SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 7 Julio 2007, rec. 271/2007 (ROJ: SAP CA 2551/2007) utiliza, como sinónimos, los términos custodia rotativa o compartida. SSTSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 5 Sep. 2008, rec. 134/2007 (LA LEY 116202/2008) y de 31 Jul. 2008, rec. 72/2007 (LA LEY 116201/2008). SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 27 Enero 2010, rec. 476/2009 (ROJ: SAP B 282/2010), SAP Girona, Civil, Sección 2ª, 3 Marzo 2010, rec. 619/2009 (ROJ: SAP GI 389/2010), SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, rec. 407/2011 (ROJ: SAP T 1924/2011), SSAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 20 Abr. 2012, rec. 105/2011 (ROJ: SAP MA 1103/2012) y 15 Dic. 2015, rec. 555/2014 (ROJ: SAP MA 3793/2015). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 16 Feb. 2016, rec. 235/2015 (ROJ: SAP B 2520/2016).

diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral, la disponibilidad efectiva de los padres, etc...) ⁷².

Siguiendo esta línea doctrinal, algunas Audiencias Provinciales han optado por eliminar la expresión “compartida” utilizando el término “custodia periódicamente alternativa” ⁷³, otras, cuando han tratado el problema se han referido al término alterno de “custodia compartida”, “custodia alterna” ⁷⁴ o “custodia compartida en alternancia” ⁷⁵. Y ello porque consideran que guarda y custodia compartida en puridad jurídica y

⁷² En el capítulo 2, analizaremos las distintas formas de articularse la guarda y custodia compartida.

⁷³ SAP Madrid, Sección 22ª, 17 Feb. 1998, rec. 230/1997 (LA LEY 23899/1998). SAP Alicante, Sección 4ª, 6 Mar. 2003, rec. 383/2002 (LA LEY 46098/2003). SAP Valencia, Sección 10ª, 31 Mar. 2004, rec. 149/2004 (LA LEY 79508/2004) SAP Madrid, Sección 24ª, 31 Ene. 2008, rec. 923/2007 (LA LEY 6051/2008). SAP Granada, Sección 5ª, 13 Jun. 2008, rec. 14/2008 (LA LEY 336110/2008). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 18 Ene. 2011, rec. 393/2010 (LA LEY 10255/2011). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 21 Oct. 2013, rec. 774/201 (ROJ: SAP B 11217/2013).

⁷⁴ SAP Huelva, Civil, Sección 2ª, 15 Junio 2004, rec. 128/2004 (ROJ: SAP H 707/2004), SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 29 Junio 2006, rec. 407/2006 (ROJ: SAP V 2912/2006), SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 16 Oct. 2007, rec. 50/2007 (ROJ: SAP B 10807/2007), SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 30 Enero 2008, rec. 247/2006 (ROJ: SAP NA 20/2008). La SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 31 Marzo 2009, rec. 250/2008 (ROJ: SAP B 3764/2009) distinguió entre la custodia alterna cuya característica principal entendió que era el reparto del tiempo de los hijos comunes y la guarda y custodia compartida que manifestó que implicaba la asunción equitativa de las responsabilidades. SSAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 24 Sept. 2010, rec. 375/2010 (ROJ: SAP M 13830/2010) y 25 Feb. 2011, rec. 995/2010 (ROJ: SAP M 1065/2011). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 20 Marzo 2012, rec. 609/2011 (ROJ: SAP Z 721/2012). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 5 Julio 2012, rec. 110/2012 (ROJ: SAP V 2936/2012). SAP Teruel, Civil Sección 1ª, 05 Nov. 2014, rec. 83/2014 (ROJ: SAP TE 143/2014). SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 18 Marzo 2015, rec. 191/2015 (ROJ: SAP CO 244/2015). SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 16 Oct. 2015, rec. 115/2015 (ROJ: SAP GC 2412/2015). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 1 Junio 2016, rec. 676/2015 (ROJ: SAP B 5967/2016).

⁷⁵ SAP de Córdoba, Sección 2ª, 14 Jul. 2003, rec. 160/2003 (LA LEY 123024/2003). SAP de Córdoba, Sección 3ª, 1 Mar. 2004, rec. 58/2004 (LA LEY 52193/2004). SAP Alicante, Sección 4ª, 14 Dic. 2005, rec. 343/2005 (LA LEY 274173/2005). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 18 Ene. 2011, rec. 393/2010 (LA LEY 10255/2011). SAP Sevilla, Sección 2ª, 30 Jun. 2011, rec. 7650/2010 (LA LEY 205425/2011). SAP Barcelona, Sección 18ª, 2 Jul. 2012, rec. 524/2011 (LA LEY 127546/2012). Para la SAP Pontevedra, Civil, Sección 6ª, 18 Enero 2016, rec. 586/2015 (ROJ: SAP PO 170/2016) *“El CC habla de ejercicio compartido de la custodia como modalidad opuesta a la de la custodia exclusiva, de modo que se refiere a una custodia atribuida por períodos sobre cuya duración - igual o desigual- nada dice la ley, pero que en la práctica de los Tribunales se articula siempre en forma alternativa de ahí que se hable de "custodia compartida en alternancia"”*.

La verdad es que el legislador no ha sido muy cuidadoso ni preciso en la terminología; para referirse a la misma categoría de custodia, el art. 92 habla de "ejercicio compartido de la guarda y custodia", "guarda conjunta", "guarda y custodia compartida".

terminológica es un contrasentido⁷⁶, pues la separación, nulidad o divorcio implican rompimiento del vínculo y separación física de cuerpos; es decir, ausencia de convivencia y de coexistencia en el mismo domicilio que fue el familiar o conyugal.

Estamos de acuerdo con la postura doctrinal y jurisprudencial apuntada, en que el término más adecuado sería el de custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva, ya que la guarda y custodia, cuando los progenitores no conviven, ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo.

Por lo tanto, consideramos que en situaciones de crisis conyugal, cuando ya no hay convivencia, se debería hablar de custodia sucesiva o alternativa, o en todo caso de una guarda alterna, pero no compartida, toda vez que las decisiones diarias sobre la vida, salud, educación de los hijos no son conjuntas, sino que se realizan por quien está con el menor en ese momento, es decir, se encontrará a cargo de la custodia el progenitor a quien le corresponda la misma, de acuerdo a lo estipulado en el convenio regulador o en la sentencia de separación o divorcio. Sin embargo, en la práctica se va imponiendo el uso de la expresión “custodia compartida”.

1.2.3.2. Definición de guarda y custodia compartida.

No obstante lo anterior y dejando de un lado la problemática semántica, doctrinal y jurisprudencialmente se han ofrecido diversas definiciones en torno a la guarda y custodia compartida.

Para PINTO ANDRADE⁷⁷ “*el fundamento teórico de la institución reside en la idea de que la separación o el divorcio ponen fin a la convivencia entre los progenitores, pero no a los vínculos familiares; ello supone que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos comunes, una vez sobrevinida la crisis convivencial, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades*

⁷⁶ SSAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 17 Enero 2008, rec. 1164/2007 (ROJ: SAP M 606/2008) y 31 Enero 2008, rec. 923/2007 (ROJ: SAP M 611/2008).

⁷⁷ PINTO ANDRADE, C. *op.cit.* pp.41-42.

que tenían con anterioridad. Este fundamento se corresponde con los conceptos de patria potestad y responsabilidad parental de los progenitores (Art. 154 CC), la plena igualdad jurídica de las personas (art. 14 CE), de los cónyuges (art.66 CC) y de los hijos ante la ley (art. 39 CE).”

Siguiendo a este autor⁷⁸, la custodia compartida, en sentido estricto, parte de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas, los cónyuges y de los hijos ante la ley, así como la corresponsabilidad parental de los progenitores, no obstante la ruptura de la pareja.

DE LA IGLESIA MONJE⁷⁹, considera que la guarda y custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio – o situación análoga en parejas de hecho -, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y derechos sobre los mismos.

La guarda y custodia compartida es definida por LATHROP⁸⁰ como *“aquel 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 los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.”*

De esta forma, tal y como lo entiende la citada autora, para que exista custodia compartida no es necesaria la alternancia rigurosa de la convivencia de los progenitores con sus hijos. Puesto que el cuidado personal de los hijos puede verificarse a través de diversos modelos de convivencia: a) mediante la designación de un progenitor con quien el hijo viva la mayor parte del tiempo; b) a través de una alternancia más o menos

⁷⁸ *Íbid.* p. 43.

⁷⁹ Cfr. DE LA IGLESIA MONJE, M. I. “Custodia compartida de ambos progenitores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 702, Madrid 2007, p. 1822. <http://vlex.com/vid/443789>. Consulta 26/07/2013

⁸⁰ LATHROP GÓMEZ, F. *op. cit.* p.286.

preestablecida del hijo en los domicilios de cada uno de sus padres; c) y, más excepcionalmente, mediante la rotación parental en la vivienda asignada a los hijos⁸¹.

ORTUÑO MUÑOZ⁸² define la custodia compartida como “...aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a 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”.

Esta figura jurídica implica que la responsabilidad de los progenitores para con sus hijos sea ejercida en situaciones de crisis conyugal, sin que existan transformaciones sustanciales. Es decir, los padres mantienen sus obligaciones con sus descendientes de forma activa compartiendo derechos y deberes. De igual manera, permite coadyuvar y conciliar la vida personal y laboral de ambos progenitores.

Para realizar una aproximación jurisprudencial al concepto de custodia compartida debe tomarse como punto de partida lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001⁸³, de 15 de enero, en la que se dice que “la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de su Sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar «su buen desarrollo personal y social» para «favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores», de forma que el niño «sienta que tanto la casa de su padre como la de su

⁸¹ *Ibid.*

⁸² ORTUÑO MUÑOZ, P. *op. cit.* p. 60.

⁸³ STC, Sala Segunda, nº 4/2001, 15 Ene. 2001, rec. 3966/1997 (LA LEY 2364/2001).

madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida”.

Siguiendo esta línea, para la jurisprudencia⁸⁴ la custodia compartida no es otra cosa que aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.

Añadiéndose que por custodia compartida no puede entenderse que los hijos pasen a vivir con uno y otro progenitor repartiéndose por periodos iguales, sino que conlleva un mayor grado de implicación del cónyuge no conviviente en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos, con una participación mucho más activa, no limitándose a ser mero receptor pasivo de la prole en el domicilio propio los fines de semana alternos y los periodos vacacionales⁸⁵.

Conforme con lo anteriormente expuesto, nuestro criterio es que la guarda y custodia compartida es aquella situación que se produce tras el cese de la convivencia de pareja, en la cual los progenitores se alternan o suceden en el cuidado, atención y educación de sus hijos, ejerciendo en igualdad, los derechos y deberes que la ley les confiere, siempre atendiendo al interés superior del menor.

1.2.3.3. La custodia compartida y el derecho de visitas.

⁸⁴ STC, Sala Segunda, nº 4/2001, 15 Ene. 2001, rec. 3966/1997 (LA LEY 2364/2001). SAP de Toledo, Sección 1ª, 2 Feb. 2005, rec. 236/2004 (LA LEY 26516/2005). SSAP de Barcelona, Sección 12ª, 20 Dic. 2006, rec. 217/2006 (LA LEY 248880/2006), 9 Mar. 2007, rec. 774/2006 (LA LEY 14713/2007) y 25 Jul. 2007, rec. 356/2007 (LA LEY 127003/2007). SAP Cáceres, Sección 1ª, 16 Jun. 2006, rec. 271/2006 (LA LEY 96606/2006).

⁸⁵ Volveremos con ello en el capítulo 2.

No cabe identificar el régimen de visitas con el régimen de guarda y custodia compartida⁸⁶.

En la práctica puede llegar a ser muy difícil diferenciar en qué situaciones podemos denominar la guarda y custodia como compartida, puesto que el hecho que delimita la frontera entre una guarda y custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas y una guarda y custodia compartida es muy difuso. Muchos de los casos en los que la terminología se refiere a custodia exclusiva para uno de los padres con determinación de un régimen de visitas para el otro, son en su contenido exactamente iguales a otros donde lo que se ha regulado legalmente es una custodia compartida⁸⁷.

La línea de separación entre la figura de la guarda y custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas del art. 94 del CC es más difusa cuanto más amplio sea el régimen de comunicación y visitas.

Sin embargo, ello no autoriza a igualar uno y otro, en cuanto que el otorgamiento de la guarda y custodia confiere a su titular el derecho-deber de decidir sobre la adecuada atención ordinaria de los menores bajo su custodia en un plano superior al progenitor que los recibe en razón del régimen de visitas establecido, quien no por ello no deja, como es lógico, de constituirse en garante de su cuidado mientras están con él.

Siguiendo a GARCIA CANTERO⁸⁸, *“el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona exigiendo, la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin; tal derecho puede encuadrarse entre los de la personalidad y se*

⁸⁶ SAP de Asturias, Sección 5ª, 26 Sept. 2006, rec. 315/2006 (LA LEY 117757/2006). SAP Huelva, Sección 1ª, 30 Mar. 2007, rec. 22/2007 (LA LEY 57475/2007). SAP de Zaragoza, Sección 2ª, 5 Junio 2007, rec. 208/2007 (LA LEY 145944/2007). SAP de Barcelona, Sección 12ª, 31 Mar. 2009, rec. 731/2008 (LA LEY 157357/2009).

⁸⁷ Cfr. PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, en Diario LA LEY, nº. 7206, Sección Tribuna, 29 Junio 2009, Año XXX, Ref. D-234 (LA LEY 12967/2009), p. 1.

⁸⁸ GARCIA CANTERO, G. *op. cit.* p. 397.

fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación jurídico familiar entre visitante y visitado”.

El derecho de visita no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de estos, sino como complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor para salvaguardar sus intereses⁸⁹.

En palabras de CRUZ GALLARDO⁹⁰, con el derecho de visitas, “*el ordenamiento jurídico busca por todos los medios a su alcance que la relación familiar no desaparezca, salvo por causas justificadas, pues con ello se beneficia el interés del menor y se ayuda a alcanzar el adecuado desarrollo de la personalidad del hijo y la convivencia social*”.

Para la jurisprudencia el *ius visitandi* que regulan los arts. 94 y 160 CC, no puede concebirse como cualquier otro derecho sino “*un complejo derecho-deber, cuya finalidad primordial es la de proteger los prioritarios intereses del hijo, en orden a un contacto regular con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana se le ha privado sin culpa suya, paliándose así las nocivas consecuencias que, por sí sola, conlleva para el menor la quiebra de la unidad familia, habida cuenta que tales relaciones se erigen en un factor de decisiva importancia para un desarrollo armónico y equilibrado del referido descendiente*”, razón por la cual se considera favorable que los “*contactos sean tan amplios y frecuentes como las circunstancias de cada caso permitan o aconsejen*”⁹¹.

⁸⁹ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 19 Oct. 1992 (LA LEY 15050-R/1993), 22 May. 1993 (LA LEY 897-5/1993) y 21 Jul. 1993, rec. 3467/1990 (LA LEY 13311/1993). Para la SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª 19 Enero 2016, rec. 2206/2016 (ROJ: SAP SS 56/2016) el régimen de visitas se establece en interés de los menores, con el fin de evitar la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre el progenitor no custodio y sus hijos.

⁹⁰ CRUZ GALLARDO, B. *op. cit.* p. 289

⁹¹ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 19 Abril 2013, rec. 918/2012 (ROJ: SAP M 6614/2013). SAP Toledo, Civil, Sección 2ª, 9 Mayo 2016, rec. 80/2016 (ROJ: SAP TO 450/2016).

Conforme con lo anterior, debemos decir que el régimen de visitas contemplado en el art. 94 del CC consagra, pues, un derecho-deber que tiene por finalidad el *“fomentar las relaciones humanas paterno-filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación, procurando que los hijos, a pesar de la separación convivencial, no se vean afectados por las desavenencias de sus padres, pues si está en la naturaleza e interés de los padres el trato y afecto con sus hijos, como medios para poder ejercer los deberes derivados de la patria potestad, no ha de olvidarse que también existe un interés de los hijos en el trato con sus padres, como medio para conseguir una formación integral. La presencia del padre y de la madre es fundamental para el crecimiento del niño ya que son soportes de las respectivas identificaciones, siendo de común consenso que el progenitor que no tiene la custodia es muy significativo para el niño y los niños que mantienen contactos y relaciones con ambos padres tienen mucho mejor desarrollo que los que no los mantienen”*, siendo que *“constituye criterio jurisprudencial el que el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resultan difíciles de recuperar, debiendo ceder tan sólo en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (en tal sentido, ss TS, de fechas 30-4-1991; 19-10-1992 EDJ1992/10191; 22-5-1993; 21-7 - 1993 EDJ1993/7469; 9-7-2002 EDJ2002/27754, entre otras)”*⁹².

Para otros Tribunales los términos “guarda y custodia” y “régimen de visitas y estancias” no son sino dos conceptos temporales de la función de tener a los hijos en compañía de sus progenitores⁹³. Manifiestan que hay que tener en cuenta que el derecho de visitas no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno, o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio procurando que a los niños no les

⁹² SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 28 Dic. 2010, rec. 44/2010 (ROJ: SAP CS 1254/2010).

⁹³ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 18 Mayo 2016, rec. 1137/2016 (ROJ: SAP M 6716/2016).

afecte gravemente la separación⁹⁴. Añadiéndose que toda decisión sobre la medida de guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos menores, exige que se encuentre fundamentada en el principio de *bonus o favor filii*, y por tanto que a través de la misma prevalezca el interés del menor por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres, parientes o allegados⁹⁵.

Así en esta materia, el criterio primordial, como no podía ser de otro modo, es el del *favor filii*, por ello los Tribunales deben tratar de averiguar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no solo a corto plazo sino en el futuro, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es incompatible con la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores.

1.3.- ANTECEDENTES LEGALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

El Derecho de Familia, es un sector de nuestro ordenamiento jurídico que en un espacio de tiempo relativamente corto ha sido objeto de uno de los mayores cambios legislativos por la necesidad de adaptar el Código Civil a los nuevos postulados de la Constitución de 1978.

La necesidad de actualizar la normativa existente en España sobre el Derecho de Familia procede de dos factores principales: Por un lado, de la conservación, hasta tiempos relativamente recientes, de la redacción originaria del Código Civil español del año 1889, inspirado en criterios propios del momento codificador. Por otro, de la aprobación de la Constitución Española en el año 1978⁹⁶.

Como ya hemos dicho, antes de la Constitución de 1978, la patria potestad era concebida como un derecho de los progenitores sobre sus hijos, de forma que aquellos decidían en función de su propio interés, y no en función del interés del menor, sin

⁹⁴ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 10 Mayo 2016, rec. 664/2015 (ROJ: SAP M 6691/2016).

⁹⁵ SAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 10 Mayo 2016, rec. 199/2015 (ROJ: SAP MU 1139/2016).

⁹⁶ Cfr. GARCIA PRESAS, I. *op. cit.* p. 243.

ningún tipo de control por parte de las entidades públicas. La CE introdujo cambios fundamentales en la concepción de la relación paternofilial que se plasmaron posteriormente en leyes que reformaron el Derecho de familia.

Como apunta MONTERO AROCA⁹⁷ todo el conjunto normativo existente en torno a la figura de guarda y custodia tiene como punto de partida lo dispuesto en el art. 39.2.3 y 4 CE. Así, exige:

1) El deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación;

2) El deber de los padres de prestarles asistencia de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio y fundamentalmente durante la minoría de edad;

3) La protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por los derechos de los menores.

El texto constitucional ha obligado a la promulgación de numerosas leyes que han supuesto una modificación sustancial en la tradicional regulación del Derecho de Familia en el Código Civil, que ya había sido parcialmente modificado con anterioridad a la Constitución.

Para facilitar, la ordenación de las reformas legislativas, podemos destacar las siguientes etapas en el *iter* del Derecho de Familia, tomando como punto de partida la constitución de 1978.

- La Ley 11/1981 de 13 de mayo y la Ley 30/1981 de 7 de julio.

La importancia de ambas leyes, radicó en que la concepción patriarcal y autoritaria de la familia, del matrimonio y de las relaciones de filiación fue sustituida por un matrimonio sustentado sobre el acuerdo de voluntades de dos personas con

⁹⁷ Cfr. MONTERO AROCA, J. *op. cit.* p. 58.

idéntica responsabilidad de decisión en cuanto a sus relaciones personales y económicas y un sistema de filiación construido sobre el principio de corresponsabilidad parental.

- Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela de 24 de octubre de 1983⁹⁸, que dio nueva redacción y sistemática a los Títulos IX y X del Código Civil.

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁹⁹.

- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo¹⁰⁰.

- 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 Civil¹⁰¹.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁰², vino a regular de manera completamente nueva los procesos matrimoniales, con derogación de aquellas normas, que acompañaron a la reforma del CC de 1981.

Modificó una larga serie de artículos del Código Civil, casi todos relativos al Derecho de Familia, especialmente en materia de adopción, de tutela, de patria potestad, de guarda, de acogimiento familiar y de desamparo. A parte de contener una relación de los derechos del menor, también regula la adopción internacional. Esta ley proclamó la primacía del interés superior del menor.

⁹⁸ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE nº 256, 26/10/1983.

⁹⁹ BOE nº 275, 17/11/1987.

¹⁰⁰ BOE nº 205, 18/10/1990.

¹⁰¹ BOE nº 15, 17/01/1996.

¹⁰² BOE nº 7, 8/01/2000.

- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹⁰³.

Permitió que el matrimonio fuera celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su composición.

- 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 divorcio¹⁰⁴.

A las anteriores leyes que reflejan modificaciones sustanciales del Derecho de Familia, pueden añadirse otras que han reformado aspectos concretos, como por ejemplo, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores¹⁰⁵; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos¹⁰⁶ y la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁰⁷.

Hasta la reforma del CC obrada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, el modelo familiar era el patriarcal y la madre la cuidadora natural de sus hijos¹⁰⁸. El interés prioritario era el de los progenitores, especialmente el del padre, quién era el primer legitimado para decidir lo que convenía o no a sus hijos, según sus criterios. Se consideraba que la atribución de los hijos a uno u otro progenitor en los supuestos de nulidad o separación se producía como consecuencia de la conducta de éstos en el

¹⁰³ BOE nº 157, 2/07/2005.

¹⁰⁴ BOE nº 163, 9/07/2007.

¹⁰⁵ BOE nº 296, 11/12/2002.

¹⁰⁶ 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 nº 280, 22/11/2003.

¹⁰⁷ BOE nº 71, 23/03/2007.

¹⁰⁸ Cfr. ALASCIO CARRASCO, L. y MARIN GARCIA, I. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 CC. La reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2007, Barcelona 2007, pp.10. www.indret.com.

matrimonio. Puesto que la separación era causal, la decisión judicial sobre la guarda se centraba en la conducta que los progenitores habían observado antes que se desencadenara la crisis matrimonial, permaneciendo el hijo bajo el cuidado de quien resultaba de buena fe en la nulidad o inocente de la separación, según el caso.

Así, si ambos padres habían actuado de buena fe o eran “inocentes” (no culpable de algunas de las causas mencionadas en el CC), los hijos quedaban a cargo del padre y las hijas de la madre. Y en cualquier caso, los hijos menores de 7 años quedaban al cuidado de la madre, salvo que el juez decidiera de otro modo por motivos especiales¹⁰⁹.

¹⁰⁹ El art. 70 CC en su redacción anterior a la reforma de 1981 establecía que “*La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos:*”

Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas a cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del art. 73.

Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre. Sin embargo, lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él.

Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso.”

Por su parte el art. 73 CC en sus párrafos 1 y 2 disponía que “*la ejecutoria de separación producirá los siguientes efectos:*”

1. La separación de los cónyuges.

2. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

Sin embargo, de lo anteriormente establecido, si al juzgarse sobre la separación se hubiera, por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado.

Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído, el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso.”

El origen remoto de estas disposiciones se ubica en el Derecho romano-justinianeo, que fue el Derecho común de los países continentales europeos hasta que se realizaron las codificaciones modernas. Conforme al Capítulo VII de la Novela CXVII del *Corpus Iuris Civilis*, en caso de divorcio los hijos quedaban bajo el cuidado del cónyuge inocente a menos que el juez, según su prudente apreciación, considerase más conveniente al interés de los hijos la atribución del cuidado al otro cónyuge o a una tercera persona. Pertenece a Justiniano el mérito de haber indicado, en el interés de los hijos, el criterio decisivo de la elección del progenitor guardador. La regla de la atribución de la guarda al cónyuge inocente estaba establecida, no tanto como sanción a la culpa del otro, sino más bien porque se presumía que el cónyuge inocente era más apto para dirigir la educación de los hijos que el cónyuge culpable de la violación de las obligaciones derivadas del matrimonio. Siendo ésa la *ratio* del precepto, existía la posibilidad de que el juez la alterara toda vez que el mejor interés de los hijos exigiese una solución diversa¹¹⁰.

Nuestro Código Civil que, inspirado en la Constitución de 1876 y heredero de la tradición romana y canónica, nació asumiendo un modelo de familia eminentemente patriarcal. De ahí que, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹¹¹, cuando hablan de la naturaleza y caracteres de la patria potestad digan expresamente: “*En la redacción que el Código civil tuvo desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales, paradójicamente poco coincidentes con la realidad del tiempo en que el Código se puso en vigor. La potestad correspondía al padre y sólo de una manera subsidiaria pasaba a la madre....La reforma de 1981 ha introducido notables modificaciones en el régimen anterior. Ante todo, ya no se trata de un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre*”.

La citada Ley 30/1981, alteró sustancialmente el criterio determinante de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en caso de crisis matrimonial. Si antes de dicha Ley se atendía, como hemos dicho, a la buena o mala fe, en el caso de la nulidad, y a la inocencia o culpabilidad, si se trataba de la separación matrimonial;

¹¹⁰ Nov. 117.7

Cfr. IGLESIAS J. *op.cit.* pp. 465-470. Cfr. LATHROP GÓMEZ, F. *op.cit.* pp. 82 y ss.

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *op. cit.* p. 256.

después de la citada Ley los criterios determinantes serían el interés de los hijos siempre y el mantenimiento de la unidad familiar.

Las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 mantuvieron el modelo de guarda exclusiva al cónyuge más idóneo y la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos menores de 7 años, sin tener en cuenta la causa que había provocado la ruptura de la pareja.

Por otro lado, el criterio de preferencia materna para los hijos menores fue suprimido por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, que dejó como único criterio legal el principio del interés superior del menor, que debía de concretar el juzgador en atención de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Este sistema legal de guarda exclusiva implicaba la atribución de la titularidad de la guarda a uno de los padres y al otro progenitor, un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres o por la autoridad judicial.

Posteriormente se produjo un importante cambio legal de tal forma que se impone el interés superior del menor tras la LO 1/1996 de 15 de enero.

Hasta la Ley 15/2005, la regla general en los casos de separación y divorcio fue la atribución de la potestad parental conjunta a ambos progenitores y la guarda o custodia exclusiva de los hijos sólo a uno de ellos.

1.4.- EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL.

En el art. 92 CC se concentra la normativa que regula el régimen de guarda y custodia de los hijos en los supuestos de separación, nulidad o divorcio. En este epígrafe analizaremos el citado art. 92 desde una doble perspectiva. Por una lado antes de la modificación producida por la Ley 15/2005 de 8 de julio y por otro lado con posterioridad a la misma.

1.4.1. Antes de la Ley 15/2005.

El art. 92 CC no contemplaba, aunque tampoco prohibía, la posibilidad de atribuir la guarda y custodia a ambos cónyuges de forma conjunta.

Así, el art. 92.4 CC establecía que *“podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los dos conyugues o que el cuidado de ellos corresponda a uno u a otro procurando no separar los hermanos”*.

Desde un punto de vista legal, el articulado del Código Civil en su regulación anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio, no dedicaba ninguna norma a regular la posibilidad de acordar una custodia compartida. Sólo determinados preceptos se han venido refiriendo con carácter general a las medidas relativas a la custodia de los hijos menores de edad. Así, el art. 90 con referencia a los procedimientos matrimoniales consensuados, establecía que los cónyuges determinarían la persona a cuyo cuidado habrían de quedar los hijos sujetos a la patria potestad, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicaciones y estancias de los hijos con el progenitor que no viviera con ellos. Por su parte, el art. 92 CC, en lo concerniente al procedimiento matrimonial contencioso, se refería al establecimiento de medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos, adoptadas siempre en interés de los menores, después de ser oídos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Y el art. 103.1 CC, y también por remisión la norma del art. 104 CC, en lo referente a las medidas provisionales, previas y coetáneas a la demanda, disponía la necesidad de que el juez, a falta de acuerdo entre los cónyuges, estableciera, en beneficio de los menores, con cuál de sus progenitores han de quedar éstos.

1.4.2. Después de la Ley 15/2005.

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, ha introducido la posibilidad de custodia compartida por ambos progenitores en el art. 92 CC¹¹².

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 achaca al modelo preexistente “*una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse*”. Frente a esta situación se propone como principal novedad la custodia compartida.

Según la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2005 esta reforma legislativa se ocupa de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Podemos afirmar que con la entrada en vigor de la meritada Ley 15/2005 nuestro ordenamiento sustantivo ha incorporado, por primera vez, una regulación específica del denominado “*ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos*”.

El legislador del año 2005, introdujo la figura de la custodia compartida en su doble modalidad de solicitud conjunta por ambos progenitores, como regla general, o excepcionalmente a petición de sólo uno de ellos, si bien en este último supuesto de manera más restrictiva en su regulación, a tenor de las cautelas legalmente exigidas, y limitada en cuanto a la posibilidad de los supuestos en que se puede acordar, impidiéndose en la actualidad la posibilidad de que esta modalidad de guarda pueda

¹¹² Literalmente el art. 92.5 CC, establece que “*se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*”.

acordarse de oficio, incluso aunque los informes psicológicos incorporados a las actuaciones y el mismo interés del menor pudieran aconsejar la adopción de la medida.

De la redacción del art. 92 CC, observamos como la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos.

Consecuentemente, en materia de custodia compartida el art. 92 CC establece una regla general y una excepción.

1.4.2.1. Regla general: a solicitud de ambos progenitores.

La regla general es la contemplada en el apartado número 5, al establecer que *“se acordará el ejercicio compartido de 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»*.

Esto supone que puede decretarse o bien en el procedimiento del art.777.1 LEC o vienen el del art. 770.5 LEC.

Nuestro Ordenamiento jurídico, con la promulgación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, ha querido reforzar la libertad de decisión de los padres respecto al ejercicio de la patria potestad.

Así, en la Exposición de Motivos de la citada Ley de 2005 se recuerda que *“cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés”*.

Tanto de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley como del apartado 5 del art. 92, se desprende, claramente, la importancia que el legislador otorga a los pactos

que alcancen los progenitores, en cuanto a la determinación del régimen de custodia de sus hijos. Para el legislador, habrán de ser los padres quienes “*deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida*”.

Ni el principio dispositivo ni el de rogación rigen en sede del art. 92 CC, ya que, si bien es necesario el acuerdo de los cónyuges, el juez debe valorar su idoneidad antes de acordar la custodia compartida. El juez deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal, así como oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario de oficio, a instancia de parte, del equipo técnico o del propio menor (art. 92.6 CC).

Es decir, que ese inicial consenso de los progenitores está sometido a una homologación judicial que el legislador ha rodeado de garantías extraordinarias. Pasemos a examinarlas:

1º Se deberá recabar Informe del Ministerio Fiscal.

Este requisito también se recoge en los arts. 749.2¹¹³ y 777.5¹¹⁴ LEC, que establecen que será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal y su informe siempre que en el procedimiento aparezca un menor.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre cuando la custodia compartida es solicitada por uno solo de los progenitores, la norma no exige que el informe del Ministerio Fiscal deba ser favorable.

2º Control judicial de los acuerdos adoptados por los progenitores.

¹¹³ Art. 749.2 LEC: “*En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes*”.

¹¹⁴ Concretamente el art. 777.5 LEC redactado por el apartado siete de la disposición final primera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, establecía que “*si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a éstos, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.*”

El juzgador deberá resolver si la custodia compartida que se solicita de común acuerdo pudiera resultar o no perjudicial o dañosa para los hijos.

A estos efectos el art. 90 CC prevé expresamente que “*los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*”.

1.4.2.2. Excepción: a solicitud de uno de los progenitores.

La concesión de la guarda y custodia compartida no precisa de la solicitud previa de los dos progenitores en la situación excepcional prevista por el n.º. 8 del art. 92. En este apartado se prevé que, aun no dándose los supuestos del n.º. 5, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable¹¹⁵ del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida. Ahora bien, esta medida excepcional únicamente podrá acordarse si el juez considera que sólo así se protege el interés superior del menor, debiendo justificarlo motivadamente en la correspondiente resolución.

En este sentido, mientras el número 5 del art. 92 establece que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su número 8 establece que aún sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias:

1º Que sea solicitado por una de las partes.

La custodia compartida requiere necesariamente que sea solicitada al menos por uno de los progenitores, no pudiendo suplir el Ministerio Fiscal la falta de petición de aquellos.

2º Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal.

¹¹⁵ Requisito declarado inconstitucional y nulo por el Tribunal Constitucional, como veremos.

Hasta la sentencia 185/2012, de 17 de octubre del TC¹¹⁶, tal informe tenía que ser favorable; pero este carácter ha sido declarado inconstitucional en la referida sentencia. A juicio del Alto intérprete de la Constitución ello entrañaría una injustificada limitación de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial, *“la denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la Ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al dictamen del Fiscal”*.

3º Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Parece que se trata de una exigencia superflua pues de acuerdo con el art. 248 LOPJ¹¹⁷ los jueces tienen la obligación de razonar sus sentencias y autos.

Sin embargo, en el supuesto de solicitud unilateral de esta medida de guarda, el art. 92.8 CC, exige expresamente que la decisión judicial se fundamente *“en que solamente de ese modo se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

Como requisitos comunes en ambos casos, el art. 92 CC prevé:

¹¹⁶ STC nº 185/2012, 17 Oct. 2012, rec. 8912/2006 (LA LEY 153054/2012).

¹¹⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE nº 157, 2/ 07/1985.

1º Que el juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.

2º La autoridad judicial deberá valorar las alegaciones vertidas por las partes en la comparecencia y la prueba practicada, así como la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.

3º El juzgador podrá recabar el dictamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida.

Finalmente, el art. 92.5CC dice que *“el Juez, al acordar la guarda conjunta... adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido”*.

Sin embargo, el CC no establece que tipo de cautelas o garantías deben ser adoptadas. Al respecto la jurisprudencia¹¹⁸ ha señalado, cautelas muy diversas, entre las que podemos citar, a título de ejemplo, la obligación de seguir los progenitores o el menor tratamiento psicológico o terapéutico, o el seguimiento periódico por el equipo psicosocial del cumplimiento del régimen establecido.

Observamos que de la actual redacción del art. 92 CC, se desprende el miedo y desconfianza del legislador en la aplicación de la guarda y custodia compartida, por cuanto obliga al Juez a adoptar cautelas y garantías para su cumplimiento. Lo cual contrasta con la regulación del régimen de guarda y custodia compartida por las recientes leyes autonómicas.

En el mismo sentido, la doctrina¹¹⁹ ha afirmado que al exigir el art. 92.5 CC la adopción de cautelas el legislador muestra su temor ante la custodia compartida y

¹¹⁸ SAP Barcelona, Sección 12ª, 27 Nov. 2007, rec. 802/2007 (LA LEY 235566/2007). SAP Barcelona, Sección18ª, 17 Abr. 2008, rec. 837/2007 (LA LEY 12853/2008). SAP Girona, Sección2ª, 9 Dic. 2010, rec. 384/2010 (LA LEY 308894/2010). SAP Valladolid, Sección1ª, 14 Dic. 2010, rec. 295/2010 (LA LEY 259028/2010).

¹¹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *op. cit.* p. 23.

denota su intención de hacer prevalecer la custodia exclusiva, para la cual la adopción de dichas cautelas, conforme con los arts. 90 y 91 CC tienen carácter facultativo.

1.4.2.3. Circunstancias que excluyen la custodia compartida.

Conforme con el art. 92.7 CC no procederá la custodia compartida:

“cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Este apartado 7 tiene el inconveniente de que, al utilizarse un término tan impreciso como “incurso”, permite un buen número de actuaciones, no siempre de buena fe, del cónyuge que pretenda impedir a toda costa la guarda y custodia compartida, como sería la mera denuncia, para que la medida no pueda adoptarse.

El término “estar incurso” ha suscitado importantes críticas en la doctrina¹²⁰. Pensamos que el legislador debió adoptar la cautela de exigir la existencia de una sentencia firme de condena, pues de lo contrario, la aplicación estricta de la norma podría vulnerar el principio de presunción de inocencia, ya que una simple denuncia bastaría para excluir la medida de custodia compartida.

¹²⁰ MONTERO AROCA, J. *op. cit.* p. 144. CASTILLEJO MANZANARES, R. *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*. Edit. La Ley, Madrid 2007, p. 365. Al respecto, RIVERA ÁLVAREZ, J. M. *op. cit.* p. 162, llama la atención sobre la invitación que supone para el progenitor que no desee la guarda y custodia compartida a realizar denuncias falsas respecto a estos hechos, con la finalidad de cortar la pretensión procesal. Además, señala que esta medida es innecesaria por cuanto, en ningún caso se podría atribuir al padre o la madre la guarda y custodia del menor cuando estuviéramos en las situaciones delictuales descritas en la norma; es más, con buen criterio el art. 65 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre establece que el juez podrá suspender «el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera». Todo ello, sin perjuicio de que, condenado, se le pudiera imponer como pena la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

1.5.-REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

Se hace necesario destacar que el Consejo de Ministros¹²¹, aprobó con fecha 13 de julio de 2013, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, “*con el que se adapta la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales a las transformaciones que ha sufrido la sociedad española*”.

Tras la emisión de los correspondientes dictámenes del Consejo Fiscal¹²² de 13 de septiembre de 2013 y del Consejo General del Poder Judicial¹²³ de 23 de septiembre de 2013, con fecha 10 de abril de 2014 se redactó el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹²⁴(en adelante, Anteproyecto), que añadió algunas de las observaciones que ambos informes contenían. Finalmente se sometió este texto al dictamen del Consejo de Estado¹²⁵, que emitió su informe el 24 de julio de 2014.

De la lectura de la Exposición de Motivos del Anteproyecto podemos decir que tiene sus antecedentes, tanto en las leyes de las Comunidades Autónomas que han regulado expresamente la custodia compartida, como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha conferido el carácter de sistema de custodia normal al régimen de custodia compartida regulado en el art. 92 CC, como excepcional.

¹²¹ Nota de prensa del Ministerio de Justicia que se puede encontrar en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288781716675/Detalle.html>. Consulta 18/08/2013.

¹²²https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_CUSTODIA_COMPARTIDA_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1. Consulta 15/08/2016.

¹²³http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/El_CGPI_aprueba_el_informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_corresponsabilidad_parental. Consulta 15/08/2016.

¹²⁴[http://web.icam.es/bucket/Texto%20del%20anteproyecto%20de%20corresponsabilidad%20parental_enviado_al_Consejo_de_Estado_\(21-04-2014\).PDF](http://web.icam.es/bucket/Texto%20del%20anteproyecto%20de%20corresponsabilidad%20parental_enviado_al_Consejo_de_Estado_(21-04-2014).PDF). Consulta 15/08/2016.

¹²⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 24 de julio de 2014. Documento CE-D-2014-438 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>. Consulta 15/08/2016.

El aspecto más destacado de la nueva norma es que elimina la excepcionalidad con la que hasta ahora se regulaba la custodia compartida y que no establece como preferente el sistema de custodia compartida, ni tampoco el monoparental, sino que deja plena libertad al Juez para decidir, en interés de los hijos, el establecimiento de una custodia individual o compartida de los mismos, incluso aunque ninguno de los progenitores la haya solicitado.

Sin embargo, compartimos las consideraciones que se formulan en el citado Informe emitido por el CGPJ sobre el Anteproyecto que tratamos. Por un lado, se señala que, a pesar de que el modelo de custodia compartida pase a regularse como una alternativa normal, ello no implica que tal modalidad deba alcanzar un grado de implantación equivalente o superior a la guarda monoparental. Tras destacar que la custodia compartida puede resultar, en términos generales, una opción ventajosa, se advierte que no deben obviarse los inconvenientes que la misma comporta, entre los que señala los cambios continuos de domicilio para los menores o las disfunciones que se pueden producir en el ejercicio de las facultades tuitivas cuando el grado de cooperación entre los progenitores es escaso o tienen diferentes modelos educativos.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado¹²⁶.

En todo caso, sin entrar a fondo, pues se trata de un Anteproyecto que puede sufrir modificaciones durante su tramitación parlamentaria ya como Proyecto de Ley, simplemente recogeremos algunas de las reformas que afectarían al Código Civil y que resultan relevantes para este trabajo:

¹²⁶ “Debe, en base a estas observaciones generales, partirse de la legitimidad de la opción del prelegislador por (...), introducir un sistema en el que “desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia mono-parental del actual art. (92 del CC), pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro”. Entendemos que esta opción cumple con los postulados de flexibilidad a los que antes hacíamos referencia.

Parece claro que tal opción se ajusta perfectamente al principio de igualdad entre los progenitores, principio de igualdad que debe ser, por imperativo constitucional, piedra angular del ordenamiento jurídico en general y del Derecho de Familia en particular (arts. 1.1, 14, 32 y 39 CE). Es indiscutible, en el actual estadio de la conciencia social, que el ordenamiento jurídico debe inspirarse en la igualdad que debe existir entre mujeres y hombres respecto a los derechos y deberes que tienen respecto a los hijos e hijas en caso de finalización de la convivencia”.

1.- El contenido del convenio regulador.

Una de las novedades que se introducen, es la exigencia, como contenido del convenio, del plan de ejercicio de la patria potestad.

En este punto, el Anteproyecto ha tomado como referentes el “Plan de Parentalidad” regulado en el art. 233.9 del libro Segundo del Código Civil de Cataluña y el “Pacto de Relaciones Familiares” contemplado en el art. 77 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Con la incorporación de este nuevo plan de ejercicio de la patria potestad se pretende, como se explica en la Exposición de Motivos, concienciar a los progenitores sobre la necesidad de *“organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten”*.

El citado plan deberá incluir los pactos alcanzados por los progenitores respecto determinadas materias relativas a los hijos, tales como la forma de decidir y compartir decisiones que afecten a cuestiones relevantes para aquéllos (educación, salud, bienestar, residencia habitual...), el cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, los períodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, el lugar o lugares de residencia de los hijos, *“determinando cuál figurara a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en computo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo”*. Y, por último, las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia o en el régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

A diferencia del actual art. 90 c) CC, en el que sólo se indica que los cónyuges que celebren un convenio regulador deben pactar sobre la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, en la nueva regulación se prevé que en el convenio regulador se incluya la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la duración o el momento

de su cese y la repercusión que éste último tendrá, en su caso, sobre las cargas familiares, la prestación de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

El art. 90.2 del Anteproyecto dispone que si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo si previa audiencia de dichas personas, prestaren su consentimiento y siempre en interés de los hijos. No exigiéndose el consentimiento de los hermanos menores de edad.

Sin embargo, se modifica la regla vigente que condiciona la validez y eficacia del convenio a su homologación judicial, disponiendo que el mismo será exigible y susceptible de ejecución desde que se solicite judicialmente su aprobación, cesando si no se aprobase judicialmente pero sin efectos retroactivos.

Finalmente, establece como novedad la posibilidad de modificar las medidas definitivas ya adoptadas cuando *“lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos”* o que se produzca un *“cambio de circunstancias de los cónyuges”*, eliminándose la exigencia, de que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias.

2.- La mediación.

El art. 91.3 regula la mediación, estableciendo que los cónyuges podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales o en cualquier momento con posterioridad. Asimismo, el Juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de demanda judicial si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.

3.- Audiencia de los hijos menores.

El art. 92.2 establece que el Juez y el Ministerio Fiscal, cuando deba adoptar cualquier medida sobre el ejercicio de la patria potestad, la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores u otra que les afecte, velarán por el cumplimiento de su

derecho a ser oídos. Añadiéndose que el Juez, oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario y conveniente en atención a su edad, madurez y circunstancias de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.

4.- La atribución de la guarda y custodia.

Al igual que en las legislaciones autonómicas y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el proyectado el art. 92 bis. 4 contiene un listado de criterios a ponderar para decidir el régimen de la guarda más conveniente para los menores. Expresamente se recogen los siguientes:

“...la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los padres mantengan entre sí y la vinculación con sus hijos; la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia; el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales, los apoyos con los que cuenten; el número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia. Además, procurará que los hermanos se mantengan juntos“.

5.- La regulación de la guarda y custodia compartida.

La principal modificación que incorpora el Anteproyecto se contiene en el apartado 1 del art. 92 bis, en su párrafo primero dispone que el Juez podrá proveer que la guarda y custodia sea ejercida por uno de los progenitores o por los dos de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno; en el segundo párrafo se aclara que la guarda y custodia compartida podrá ser acordada, aun cuando no medie acuerdo entre los padres, si uno de ellos lo solicita o, excepcionalmente, si

ninguno lo pide, cuando de este modo se proteja adecuadamente el interés superior de los hijos.

Por lo que respecta a la posibilidad de atribuir la custodia compartida aunque ninguno de los progenitores la inste, compartimos la consideraciones del CGPJ¹²⁷, pues dicha modificación no es acorde con la doctrina jurisprudencial imperante que exige, como veremos, que al menos alguno de los progenitores solicite esta modalidad de guarda, ya que si ninguno de los progenitores la solicita es evidente que la descartan y, de ahí que resulte difícil entender que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción compatible con la salvaguarda del superior interés del menor. Al revés, resultaría previsible que la custodia compartida “impuesta” pudiera agudizar las tensiones y controversias que, frecuentemente, surgen tras la ruptura de la convivencia.

6.- Guardia y custodia y violencia de género/familiar.

Como ya hemos visto, el vigente art. 92.7 establece que los supuestos en los que no procederá el régimen de custodia compartida. Sin embargo, el apartado quinto del art. 92 bis proyectado va más lejos, al disponer que no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado en sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, o que esté incurso en un proceso penal por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género en el que se haya dictado una resolución judicial que aprecie la existencia de indicios fundados y racionales de criminalidad, así como cuando el Juez del procedimiento civil advierta tales indicios; por otra parte, se prevé en el párrafo tercero que, si se alegasen hechos o circunstancias inciertos en la demanda o en el trascurso del procedimiento, el Juez deducirá testimonio de las

¹²⁷ EL CGPJ en citado Informe de 23 de septiembre de 2013 ha manifestado al respecto que dicha reforma “... contradice la doctrina jurisprudencial imperante, que considera improcedente la adopción de ese modelo cuando ninguno de los padres lo solicite... la opción seguida debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor”.

actuaciones y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que se determinen las responsabilidades a que haya lugar.

No obstante, se prevé que, aun estando ambos progenitores en alguno de los supuestos de exclusión de la guarda y custodia, el Juez pueda atribuir la guarda y custodia si considera que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos; en otro caso, se la atribuirá a un familiar o allegado de los hijos o, en su defecto, a la entidad pública de protección de menores competente.

En conclusión, compartimos con la proyectada regulación, que la guarda y custodia compartida no es un régimen excepcional como tampoco es un régimen preferente. Estamos de acuerdo y es lo que proponemos, que quede en manos del Juez, previo examen del caso concreto, y en atención al interés del menor, determinar qué opción de custodia es la más beneficiosa para el menor, el cual, ante la falta de acuerdo entre los progenitores, deberá ponderar una serie de criterios o circunstancias fijadas legalmente.

CAPÍTULO 2

PRAXIS JUDICIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMÚN

2.1.- INTRODUCCIÓN.

La doctrina jurisprudencial, en nuestro país, en relación con el régimen de guarda y custodia, ha dado un giro bastante importante en los últimos seis años, paralelo a los cambios producidos en la sociedad contemporánea. Cambios que se han hecho presentes en las consecuencias de la ruptura o crisis matrimonial, y de forma especialmente relevante en las fórmulas o sistemas de organización de la guarda y custodia de los hijos menores.

En este capítulo realizaremos un análisis de la jurisprudencia en torno a la medida de guarda y custodia compartida de los hijos. Distinguiremos entre la jurisprudencia “menor” y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Analizaremos la “jurisprudencia menor” (sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales antes de la reforma producida por Ley 15/2005 de 8 de julio y después de ella) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la finalidad de conocer las soluciones que se han dado a los múltiples casos relacionados no sólo con la atribución “*ab initio*” de la guarda y custodia, sino con la posible modificación posterior de dicha medida. Si bien, hemos dejado para el capítulo siguiente el análisis de la jurisprudencia menor respecto de aquellas Comunidades Autónomas con legislación propia desde la fecha de la misma.

Y, finalmente, haremos referencia a las diferentes formas de atribución de la guarda y custodia compartida utilizadas por los Tribunales. Concluyendo con los datos que nos ofrece el INE respecto de las separaciones y divorcios producidos entre cónyuges de diferente sexo, en atención al tipo de separación y cónyuge que debe ejercer la custodia.

2.2.- LA JURISPRUDENCIA MENOR.

Bajo este epígrafe veremos la evolución de la jurisprudencia menor en torno a la medida de guarda y custodia compartida, distinguiendo entre aquellas resoluciones judiciales que han sido favorables a la adopción de esta medida y aquellas que la han rechazado.

2.2.1. Hasta la Reforma de 2005.

En España, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio, rechazó, con carácter general, el sistema de custodia compartida, sin ir más allá del régimen ordinario de visitas.

Los Tribunales entendieron que, después de la crisis matrimonial, lo más conveniente era otorgar la custodia en exclusiva a uno de los progenitores, a quien además era atribuida la vivienda familiar. El otro progenitor adquiría la condición de deudor de la pensión alimenticia y un derecho de visitas.

2.2.1.1. Rechazo del régimen de guarda y custodia compartida.

Durante mucho tiempo, fue criterio generalizado la no concesión a los padres, en situación de separación o divorcio, de la custodia compartida de los hijos, al no estar regulada positivamente en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁸.

Había una cierta conformidad en que la mujer fuera la que tradicionalmente tuviera la guarda y custodia de sus hijos, especialmente cuando estos tuvieran poca edad. Los jueces tendían a considerar a la madre¹²⁹, en principio y con carácter general,

¹²⁸ SAP Granada, Sección 3ª, 30 May. 2000, rec. 410/1999 (LA LEY 111586/2000). SAP Madrid, Sección 22ª, 12 Nov. 2001, rec. 1205/2000 (LA LEY 203212/2001). SSAP Valencia, Sección 10ª, 13 Feb. 2003, rec. 867/2002 (LA LEY 31716/2003), 4 Dic. 2003, rec. 779/2003 (LA LEY 201871/2003), 31 Mar. 2004, rec. 149/2004 (LA LEY 79508/2004), 28 Abr. 2005, rec. 247/2005 (LA LEY 94845/2005) y 20 Sep. 2005, rec. 501/2005 (LA LEY 180974/2005). SAP Córdoba, Sección 2ª, 14 Jul. 2003, rec. 160/2003 (LA LEY 123024/2003). SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 6 Oct. 2004, rec. 176/2004 (LA LEY 207976/2004). SAP Cantabria, Sección 4ª, 22 Jun. 2005, rec. 107/2004 (LA LEY 140147/2005).

¹²⁹ SAP Valencia, Sección 8ª, 1 Mar. 1999 (LA LEY 38965/1999). SAP Granada, Sección 3ª, 30 May. 2000, rec. 410/1999 (LA LEY 111586/2000). SAP Valencia, Sección 10ª, 26 Feb. 2003, rec. 881/2002

mejor guardadora que el padre, salvo que concurrieran circunstancias especiales y graves en el comportamiento de la misma¹³⁰.

Mayoritariamente, se rechazó, por los Tribunales, el régimen de guarda y custodia compartida, con base, fundamentalmente, en las siguientes razones:

1. La falta de regulación legal o la excepcionalidad de la adopción de esta medida.

El legislador anterior a la reforma al omitir expresamente la modalidad de custodia compartida, llevó a que la gran mayoría de las Audiencias Provinciales rechazaran este régimen de custodia por carecer de regulación legal. En este sentido manifestaban¹³¹ que el sistema español vigente disponía de un régimen, no de guarda y custodia compartida, sino de atribución exclusiva de la guarda y custodia a uno de los progenitores, y del correspondiente derecho de visitas a favor del otro. Añadiendo que el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida solo sería posible mediante una reforma legislativa.

Incluso, para algunas Audiencias Provinciales¹³², la medida de custodia compartida, en ese momento, en nuestro ordenamiento jurídico debía considerarse “alegal” por su ausencia de regulación o “extralegal” por hallarse fuera del sistema que preveían las normas, ya que la ley regulaba la atribución de la guarda y custodia de los hijos sujetos a la patria potestad a uno de los cónyuges y el establecimiento de un régimen de comunicación o visita a favor del progenitor con quien no convivan, sin que

(LA LEY 40017/2003). SAP Madrid, Sección 22ª, 21 Mar. 2003, rec. 889/2002 (LA LEY 56305/2003). SAP Barcelona, Sección 12ª, 26 Feb. 2004, rec. 747/2003 (LA LEY 49998/2004).SAP Asturias, Sección 4ª, 20 Dic. 2005, rec. 455/2005 (LA LEY 244150/2005)

¹³⁰ Por ejemplo, la SAP Valladolid, Sección 1ª, 7 Nov. 2003, rec. 462/2003 (LA LEY 180564/2003) resolvió atribuir al padre la guarda y custodia de los hijos menores. Justificó dicho pronunciamiento en el padecimiento de una enfermedad crónica por parte de la madre.

¹³¹ SAP Palencia, Civil, Sección 1ª, 10 Feb. 1999, rec. 233/1998 (ROJ: SAP P 30/1999).

¹³² Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 16 Junio 1999, rec. 818/1998 (ROJ: SAP B 6370/1999) la custodia compartida no estaba prevista en nuestro Ordenamiento y además no era lo más aconsejable. SSAP Barcelona, Sección 12ª, 4 May. 2005, rec. 206/2005 (LA LEY 99504/2005), 22 Jun. 2005, rec. 74/2005 (LA LEY 140781/2005), 28 Oct. 2005, rec. 366/2005 (LA LEY 211258/2005). SSAP Madrid, Sección 24ª, 16 Mar. 2005, rec. 870/2004 (LA LEY 62402/2005) y 18 May. 2006, rec. 1036/2005 (LA LEY 76160/2006).

se contemplara la atribución de la misma de manera compartida. Llegando, algunas resoluciones judiciales¹³³ hasta el extremo de estimar que el régimen de guarda compartida era incompatible con nuestro ordenamiento jurídico a tenor de lo dispuesto en los arts. 90, 91, 92, 93 y 94 CC.

Salvo excepciones, era criterio prácticamente uniforme en la doctrina de las Audiencias Provinciales el de no considerar la guarda y custodia compartida conveniente con carácter ordinario, por estimar que, salvo en supuestos puntuales, esta medida no favorecía la estabilidad de los menores¹³⁴. Destacándose el carácter excepcional¹³⁵ que tal solución tenía dentro del Derecho de Familia, ya que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no había contemplado tal posibilidad.

2.- El principio general del interés superior del menor¹³⁶.

¹³³ SAP Palencia, Civil, Sección 1ª, 13 Feb. 2001, rec. 326/2000 (ROJ: SAP P 92/2001). SAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 18 Dic. 2004, rec. 511/2004 (ROJ: SAP M 14778/2004).

¹³⁴ SAP Baleares, Sección 5ª, 19 Abr. 1999, rec. 624/1998 (ROJ: SAP IB 901/1999). SAP Granada, Civil, Sección 3ª, 30 mayo 2000, rec. 410/1999 (ROJ: SAP GR 1645/2000). La SAP Murcia, Civil, Sección 1ª, 10 Mayo 2000, rec. 135/1999 (ROJ: SAP MU 1294/2000), refiriéndose a la custodia compartida señaló que “ *el establecimiento de un régimen tan singular exige que las razones de su conveniencia consten debidamente acreditados, pues su aceptación sin tal justificación podría resultar altamente perturbadora para la propia educación de la menor, que se vería sometida periódicamente a cambios radicales en su régimen ordinario de vida, que en definitiva le afectarían sensiblemente....*”, rechazando su establecimiento ya que la salvaguarda de los intereses de los menores, impide la adopción de medidas experimentales que carezcan de la mínima seguridad de ser beneficiosas para los hijo. SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 7 Sept. 2000, rec. 203/2000 (ROJ: SAP CO 1255/2000). Para la SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 12 Marzo 2001, rec. 6/2001 (ROJ: SAP VI 173/2001), el régimen de guarda y custodia compartida, en muy poco casos y atendiendo a especiales circunstancias, es el más oportuno.

¹³⁵ SSAP Madrid, Sección 22ª, 17 Feb. 1998, rec. 230/1997 (LA LEY 23899/1998), 5 Nov. 1999, rec. 1067/1998 (LA LEY 155091/1999), 12 Nov. 2001, rec. 1205/2000 (LA LEY 203212/2001) y 26 Nov. 2004, rec. 705/2004 (LA LEY 249881/2004). SAP Barcelona, Sección 18ª, 20 Jun. 2000, rec. 139/2000 (LA LEY 127137/2000). La SAP Murcia, Sección 1ª, 15 Dic. 2001, rec. 744/1999 (LA LEY 226815/2001), destacó que la custodia compartida era una medida experimental que carecía de la mínima seguridad de ser beneficiosa para los hijos. SAP Madrid, Sección 24ª, 6 Mar. 2002, rec. 452/2001 (LA LEY 49983/2002). SAP Alicante, Sección 4ª, 4 Nov. 2002, rec. 698/2002 (LA LEY 182791/2002). SAP Córdoba, Civil, Sección 2ª, 3 Dic. 2003, rec. 265/2003 (ROJ: SAP CO 1656/2003). Para la SAP La Rioja, 30 Ene. 2004, rec. 231/2003 (LA LEY 27172/2004), debía descartarse la adopción, en cualquier caso, de la custodia compartida. La SAP Valencia, Sección 10ª, 31 Mar. 2004, rec. 149/2004 (LA LEY 79508/2004), exigió una especial rigurosidad en la prueba para la adopción de esta medida. SAP Valencia, Sección 10ª, 4 Nov. 2004, rec. 721/2004 (ROJ: SAP V 4759/2004). SAP Asturias, Sección 4ª, 20 Dic. 2005, rec. 455/2005 (LA LEY 244150/2005).

¹³⁶ SAP Madrid, Sección 22ª, 25 Ene. 1999, rec. 1979/1997 (LA LEY 20366/1999). SAP Barcelona, Sección 12ª, 18 May. 2000, rec. 1263/1999 (LA LEY 102484/2000). SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 28 Sep. 2000, rec. 589/1999 (LA LEY 173333/2000). SAP Toledo, Civil, Sección 1ª, 4 Abril 2001, rec. 58/2001 (ROJ: SAP TO 377/2001).

La problemática sobre el régimen de custodia compartida, debía resolverse, según la jurisprudencia, teniendo en cuenta fundamentalmente el interés y el beneficio de la prole¹³⁷.

Como ya hemos dicho, para la generalidad de la jurisprudencia menor, la atribución de la guarda y custodia compartida, representaba una situación irregular, que tenía un difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

Los Tribunales consideraron que esta medida de guarda y custodia perjudicaba la estabilidad del menor¹³⁸ ya que suponía que éste no tendría un domicilio estable, sino dos, ni una regularidad en su vida, hábitos y costumbres, e implicaba imponer a los menores un constante cambio brusco de familia, domicilio, entorno, amigos y criterios educativos, que se estimaba perturbador para los hijos¹³⁹.

Las Audiencias Provinciales, sobre todo cuando se trataba de hijos de corta edad¹⁴⁰, rechazaban la custodia compartida, por los negativos efectos que en ellos podía generar los distintos estilos y modos de entender la vida de sus progenitores tanto

¹³⁷ Para la SAP Palma de Mallorca, Civil, Sección 4ª, 8 Oct. 2004, rec. 55/2004 (ROJ: SAP IB 1372/2004) *“las situaciones de guarda y custodia compartida no se presentan, en principio, como las más idóneas para el desarrollo integral del menor y el establecimiento de la misma debe venir presidido por la existencia de estudios e informes técnicos de especialistas que aconseje su adopción”*.

¹³⁸ Para la SAP Córdoba, Civil, Sección 3ª, 9 Nov. 1998, rec. 338/1998 (ROJ: SAP CO 1551/1998) la custodia compartida disminuye la estabilidad emocional y física de los menores pudiendo generarse problemas de ansiedad e inseguridad. SAP Albacete, Civil, Sección 1ª, 29 Oct. 2002, rec. 29/2002 (ROJ: SAP AB 894/2002). Para la SAP Ávila, Civil, Sección 1ª, 31 Oct. 2003, rec. 340/2003 (ROJ: SAP AV 379/2003) el único efecto de la guarda y custodia compartida es someter a menor a continuos cambios de residencia, de hábitos y de forma de vida.

¹³⁹ SAP Les Illes Balears, Sección 3ª, 20 Jul. 1999, rec. 883/1998 (LA LEY 113659/1999). SAP Córdoba, Sección 1ª, 16 Dic. 2003, rec. 368/2003 (LA LEY 211378/2003). La SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 16 Dic. 2003, rec. 368/2003 (ROJ: SAP CO 1713/2003) declaró el carácter excepcional que tenía la atribución de la guarda y custodia compartida, ya que *“representaría una situación irregular y que tendría un difícil encaje, pues supondría algo así como que la niña no tendría un domicilio estable, sino dos, y una regularidad en su vida, hábitos y costumbres, que es absolutamente esencial, y más aun con la escasa edad de aquélla. Junto a ello no puede olvidarse que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores”*. SAP Almería, Sección 2ª, 20 Ene. 2005, rec. 318/2004 (LA LEY 15268/2005).

¹⁴⁰ SAP Murcia, Civil, Sección 1ª, 2 Dic. 1997, rec. 576/1996 (ROJ: SAP MU 636/1997). SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 13 Nov. 1998, rec. 1488-K/1997 (ROJ: SAP B 11702/1998). SAP Valencia, Civil, Sección 8ª, 1 Marzo 1999, rec. 248/1998 (ROJ: SAP V 1243/1999). SAP Cuenca, Civil, Sección 1ª, 19 Nov. 1999, rec. 76/1999 (ROJ: SAP CU 643/1999).

material como espiritualmente, tanto en el ámbito emocional como en el educativo y formativo, lo que, consideraban que podía generar una inestabilidad en el desarrollo integral de los menores¹⁴¹.

Esa falta de estabilidad para los hijos menores se concretó, en determinadas circunstancias¹⁴² materiales o personales: falta de proximidad geográfica entre los domicilios de los progenitores, falta de disponibilidad laboral, el deseo de los menores, la falta de entendimiento entre los progenitores, diferentes criterios educativos, diferentes entornos familiares, la edad de los menores...

Hubo resoluciones judiciales que denegaron el régimen de custodia compartida por considerarlo contrario al beneficio de los hijos comunes¹⁴³.

¹⁴¹ La SAP Madrid, Sección 22ª, 5 Nov. 1999, rec. 1067/1998 (LA LEY 155091/1999) destacó la necesidad de evitar la constante peregrinación domiciliaria de los hijos tras la separación. También 21 Mar. 2003, rec. 889/2002 (LA LEY 56305/2003). En el mismo sentido la SAP Madrid, Sección 24ª, 6 Mar. 2002, rec. 452/2001 (LA LEY 49983/2002). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 8 Nov. 1999, rec. 82/1999 (LA LEY 156826/1999). SAP Córdoba, Sección 1ª, 10 Abr. 2000, rec. 354/1999 (LA LEY 78667/2000). La SAP Murcia, Sección 1ª, 10 May. 2000, rec. 135/1999 (LA LEY 96146/2000), señaló que la custodia compartida suponía un sometimiento periódico de la menor a cambios radicales en su régimen ordinario de vida. SSAP Barcelona, Sección 18ª, 8 Jun. 2000, rec. 1268/1999 (LA LEY 118163/2000), 13 Sep. 2001, rec. 758/2000 (LA LEY 160285/2001) y 12 Nov. 2003, rec. 1099/2002 (LA LEY 184597/2003). La SAP Barcelona, Sección 12ª, 27 Oct. 2000, rec. 165/2000 (LA LEY 194073/2000). La SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 1 Oct. 2001, rec. 393/2000 (LA LEY 173211/2001) destacó que los hijos con esta medida se convertían en niños itinerantes, sin un referente seguro que les aportara estabilidad. SAP Huelva, Sección 1ª, 16 Sep. 2002, rec. 238/2002 (LA LEY 150122/2002). SAP Asturias, Sección 4ª, 20 May. 2005, rec. 9/2005 (LA LEY 114412/2005).

¹⁴² SAP Barcelona, Sección 12ª, 18 May. 2000, rec. 1263/1999 (LA LEY 102484/2000). SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 28 Sep. 2000, rec. 589/1999 (LA LEY 173333/2000). La SAP Alicante, Sección 6ª, 28 Mar. 2003, rec. 33/2003 (LA LEY 60607/2003) manifestó la inviabilidad de la custodia compartida por residir los padres en ciudades distintas, lo que entendía que produciría en el menor trastornos derivados de la necesidad de sucesivas adaptaciones en el ámbito social y escolar. La SAP Valencia, Sección 10ª, 19 May. 2004, rec. 262/2004 (LA LEY 117638/2004) rechazó la petición de custodia compartida no sólo porque el informe psicosocial era favorable a la custodia de un solo progenitor sino también porque la edad de la menor, la distancia kilométrica existente entre los progenitores, y las malas relaciones de éstos hacían inviable esa custodia en beneficio de la menor.

¹⁴³ La SAP Murcia, Sección 1ª, 10 May. 2000, rec. 135/1999 (LA LEY 96146/2000) denegó la custodia compartida por entender que esta satisfacía los intereses de los padres, pero en esta materia, se debía salvaguardar de los intereses de los menores. SAP Barcelona, Sección 18ª, 13 Sep. 2001, rec. 758/2000 (LA LEY 160285/2001). SAP Toledo, Sección 1ª, 20 Feb. 2002, rec. 6/2002 (LA LEY 39826/2002). La SAP Valladolid, Civil, Sección 3ª, 13 Julio 2004, rec. 228/2004 (ROJ: SAP VA 981/2004) declaró que no era partidaria del régimen de guarda y custodia compartida y que la alternancia semanal o mensual de la menor con cada uno de ellos, desde el punto de vista psicológico entendían que no era bueno para ella, porque nunca llegaría a centrarse. SAP Alicante, Sección 4ª, 16 Nov. 2005, rec. 173/2005 (LA LEY 223242/2005). SAP Barcelona, Sección 12ª, 23 Nov. 2005, rec. 138/2005 (LA LEY 228528/2005)

Así, la guarda compartida solamente se admitió cuando del conjunto de las circunstancias de ambos progenitores la hacían factible¹⁴⁴ (proximidad de domicilios, acuerdo al respecto.....) y no causaba un perjuicio para el menor. Lo que se percibió como casi inevitable, pues para muchos Tribunales, la custodia compartida representaba un grave trastorno de horarios y pautas rutinarias imprescindibles en la infancia¹⁴⁵ y en consecuencia para la estabilidad emocional y personal de los menores.

3.- Las relaciones entre ambos progenitores¹⁴⁶.

Las Audiencias Provinciales exigieron, mayoritariamente, para la adopción de la custodia compartida, la conformidad de ambos progenitores. Entendieron que esta medida exigía una relación fluida de ambos progenitores que, al no existir, constituiría una fuente permanente de conflictos¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Para la SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 29 Dic. 2004, rec. 273/2004 (ROJ: SAP A 3023/2004), las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: *“muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padre y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres”*.

¹⁴⁵ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 16 Marzo 2004, rec. 339/2003 (ROJ: SAP B 3366/2004).

¹⁴⁶ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 2 Oct. 1998, rec. 1522/1997 (ROJ: SAP M 10593/1998). La SAP Les Illes Balears, Sección 3ª, 20 Jul. 1999, rec. 883/1998 (LA LEY 113659/1999) destacó que el sistema de guarda y custodia compartido requería para su efectividad la ayuda y colaboración de ambos progenitores. SAP Barcelona, Sección 12ª, 23 Abr. 2003, rec. 795/2002 (LA LEY 74256/2003). SAP Madrid, Sección 22ª, 10 Jun. 2003, rec. 56/2003 (LA LEY 103133/2003) y 26 Nov. 2004, rec. 705/2004 (LA LEY 249881/2004). SAP. Cádiz, Civil, Sección 1ª, 7 Julio 2003, rec. 70/2003 (ROJ: SAP CA 1457/2003). Para la SAP Asturias, Civil, Sección 4ª, 10 Dic. 2003, rec. 297/2003 (ROJ: SAP O 4153/2003) la custodia compartida requiere un diálogo fluido entre los progenitores, que permite tomar decisiones comunes en los aspectos que afectan a los hijos en el curso de su vida ordinaria. SAP Asturias, Civil, Sección 4ª, 18 Julio 2003, rec. 142/2003 (ROJ: SAP O 2882/2003). La SAP Valencia, Sección 10ª, 18 Oct. 2004, rec. 669/2004 (LA LEY 215460/2004), señaló que en los casos de conflicto entre los cónyuges, se protegía mejor al menor mediante el establecimiento de una sola guarda y custodia, atribuible a uno sólo de los cónyuges. SAP Barcelona, Sección 18ª, 5 Jul. 2005, rec. 891/2004 (LA LEY 261521/2005).

¹⁴⁷ SAP Vizcaya, Sección 2ª, 14 May. 1999, rec. 2184/1998 (ROJ: SAP SS 982/1999). La SAP Valencia, Sección 6ª, 20 Nov. 2000, rec. 104/2000 (LA LEY 210594/2000), considerando la conflictiva relación entre los progenitores, las dificultades que estos evidenciaban para coordinarse en las decisiones que afectaban a las hijas comunes, y la forma en que las menores se habían visto involucradas en el conflicto parental, desestimó el régimen de guarda compartida solicitado. La SAP Valencia, Sección 10ª, 27 Jun. 2001, rec. 303/2001 (LA LEY 128950/2001), señaló que el sistema de guarda compartida, requería una actuación educativa coordinada y una capacidad de comunicación entre los progenitores. SAP Valencia,

Las resoluciones judiciales destacaron la necesidad de un clima de acuerdos y comunicaciones continuas entre los progenitores sobre los aspectos que constituían la rutina diaria y cotidiana de los hijos¹⁴⁸.

4.- La no alteración del *statu quo* o la plena adaptación a la situación existente¹⁴⁹.

Con frecuencia, la jurisprudencia, al denegar el régimen de guarda y custodia compartida ha invocado como criterio la necesidad de inalterabilidad de las situaciones existentes respecto de los hijos comunes.

Se he hecho hincapié en la necesidad de no cambiar ni alterar aquellas situaciones existentes que vienen permitiendo un crecimiento equilibrado de los propios hijos.

Sección 10ª, 6 Mar. 2002, rec. 56/2002 (LA LEY 49900/2002).SAP Alicante, Sección 4ª, 4 Nov. 2002, rec. 698/2002 (LA LEY 182791/2002). La SAP Palencia, 2 Jun. 2003, rec. 173/2003 (LA LEY 97979/2003). Para la SAP Asturias, Sección 4ª, 18 Jul. 2003, rec. 142/2003 (LA LEY 126922/2003), las tensiones existentes entre ambos progenitores hacían imposible la guarda y custodia compartida. SAP Valencia, Sección 10ª, 29 Ene. 2004, rec. 853/2003 (LA LEY 25536/2004). SAP Guipúzcoa, Sección 1ª, 22 Oct. 2004, rec. 1206/2004 (LA LEY 220281/2004). SAP Málaga, Sección 5ª, 9 Nov. 2005, rec. 582/2005 (LA LEY 256948/2005).

¹⁴⁸ Para la SAP Girona, Sección 2ª, 9 Feb. 2000, rec. 494/1999 (LA LEY 34197/2000), la guarda y custodia compartida estaba condenada al fracaso si no era propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores, manteniendo estos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial. Para la SAP Orense, Civil, Sección 1ª, 20 Dic. 2004, rec. 129/2004 (ROJ: SAP OU 1164/2004) la custodia compartida “*podría generar inestabilidad en el hijo común, cuando además no consta dato alguno que cuestionara el hecho de que la custodia de la madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre, no fuera beneficiosa para el menor, cuyo interés es obviamente el prioritario*”. SSAP Barcelona, Sección 18ª, 27 Dic. 2004, rec. 724/2003 (ROJ: SAP B 15559/2004) y 5 Jul. 2005, rec. 891/2004 (LA LEY 261521/2005).

¹⁴⁹ La SSAP Alicante, Sección 4ª, 12 Dic. 1997, rec. 153/1992 (LA LEY 1354/1998) y rec. 1382/1995 (ROJ: SAP A 1046/1997) denegaron la custodia compartida, resaltando que la situación convenida ha venido funcionando satisfactoriamente. SAP Valencia, Sección 6ª, 12 Abr. 2000, rec. 677/1999 (LA LEY 80826/2000). SAP Valencia, Sección 10ª, 27 Jun. 2001, rec. 303/2001 (LA LEY 128950/2001). La SAP Barcelona, Sección 18ª, 13 Sep. 2001, rec. 758/2000 (LA LEY 160285/2001) no accedió a la modificación de la guarda y custodia, manifestando que el menor siempre ha vivido con su madre, con la que se encontraba perfectamente, sin que constara que el ambiente del que disfrutaba con la misma sea perjudicial o inadecuado. SAP Madrid, Sección 22ª, 30 Abr. 2002, rec. 638/2001 (LA LEY 84151/2002), concedió a la madre de la guarda y custodia de los hijos menores, puesto que esta se había venido ocupando del cuidado y atención diaria de los hijos.

Así, en muchas ocasiones, los Tribunales se mostraron a favor de atribuir la guarda a la madre, pues era ésta la que desde la ruptura se había hecho cargo de los hijos y no apreciaron la concurrencia de ninguna circunstancia que justificara la modificación de dicho régimen¹⁵⁰.

Desde otro punto de vista, las Audiencias¹⁵¹ rechazaron que la atribución de la custodia a uno sólo de los cónyuges supusiera una vulneración del art. 14 de la CE, reproche que venía siendo habitual desde la parte que no se había visto satisfecha, generalmente el padre.

A este respecto se señaló que ante la dificultad o imposibilidad práctica de conceder la custodia compartida, uno de los progenitores siempre quedaría marginado, con independencia de su sexo. Añadiendo que, la atribución de la guarda y custodia en exclusiva al padre o a la madre continuaba siendo la fórmula general, ya que en los supuestos de crisis de convivencia o de relación entre los progenitores, la imposibilidad de que el hijo pudiera estar simultáneamente con ambos obligaba a la atribución de la guarda y custodia a uno de ellos. Afirmándose que lo que debía tenerse en cuenta era el interés prevalente del beneficio del menor.

Finalmente, otros Tribunales, sin embargo, optaron por una solución intermedia que consistió en la atribución exclusiva de la custodia a uno de los progenitores y el otorgamiento al otro de un amplio régimen de visitas¹⁵². De este modo, se entendió, que el cónyuge no custodio, que había de abandonar el domicilio familiar y ser deudor de la pensión de alimentos, podía participar de manera más activa en la educación y el control

¹⁵⁰ SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 28 Sep. 2000, rec. 589/1999 (ROJ: SAP IB 2756/2000). La SAP Barcelona, Sección 18ª, 11 Nov. 2002, rec. 41/2002 (LA LEY 187383/2002) acordó la guarda a favor de la madre por ser con quien había convivido la menor desde la ruptura matrimonial. Y en el mismo sentido en Sentencia de 5 Jul. 2005, rec. 891/2004 (LA LEY 261521/2005). SAP Castellón, Sección 2ª, 4 Oct. 2005, rec. 129/2005 (LA LEY 192503/2005).

¹⁵¹ SAP Valencia, Sección 10ª, 11 Jun. 2002, rec. 302/2002 (LA LEY 110400/2002). SAP Córdoba, Sección 2ª, 14 Jul. 2003, rec. 160/2003 (LA LEY 123024/2003).

¹⁵² SAP Cantabria, Civil, Sección 1ª, 30 Julio 1998, rec. 716/1997 (ROJ: SAP S 1524/1998). SAP Madrid, Sección 22ª, 25 Ene. 1999, rec. 1979/1997 (LA LEY 20366/1999). SAP Vizcaya, Sección 2ª, 14 May. 1999, rec. 2184/1998 (LA LEY 79261/1999). SAP Les Illes Balears, Sección 3ª, 20 Jul. 1999, rec. 883/1998 (LA LEY 113659/1999). SSAP Valencia, Sección 10ª, 27 Jun. 2001, rec. 303/2001 (LA LEY 128950/2001), 11 Jul. 2003, rec. 434/2003 (LA LEY 122401/2003) y 19 May. 2004, rec. 262/2004 (LA LEY 117638/2004). SAP Madrid, Sección 22ª, 26 Nov. 2004, rec. 705/2004 (LA LEY 249881/2004).

del menor. Sin embargo, este amplio régimen de visitas no implicaba la corresponsabilidad parental característica de la custodia compartida.

2.2.1.2. Admisión del régimen de guarda y custodia compartida.

Junto a la postura mayoritaria contraria a la concesión del régimen de guarda y custodia compartida, existieron, aunque muy puntualmente, pronunciamientos favorables al establecimiento de dicha medida¹⁵³.

Dichos pronunciamientos favorables se fundamentaron en la necesaria estabilidad emocional del menor, así como en otros motivos complementarios como el hecho de ser la mejor manera de garantizar el control sobre los hijos y la disposición a cooperar de ambos progenitores¹⁵⁴ e incluso consideraron que la custodia compartida podía contribuir a paliar la relación conflictiva entre los cónyuges. De hecho, argumentaban, que su adopción eliminaba la calificación de deudor de la pensión alimenticia de uno de los cónyuges, una de las principales fuentes de conflicto¹⁵⁵.

Se afirmó que el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisfacía las exigencias de un “*saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño*”¹⁵⁶, ya que su convivencia con solo uno de los progenitores provocaba que el menor solo tomara a éste “*como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias al otro*”¹⁵⁷. Añadiendo que

¹⁵³ Para la SAP Valencia, Sección 6ª, 22 Abril 1999, rec. 371/1998 (ROJ: SAP V 2299/1999) dos exigencias debían enmarcar la decisión que se adoptará en torno al régimen de guarda y custodia; de un lado, se debía atender al interés de los niños, que era el más necesitado de protección y que implicaba también la conveniencia de no separar a los hermanos (art. 92, párrafo 4º CC), de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal. Por ello entendió que era necesario establecer un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibraran, compensaran y complementaran de manera adecuada. SAP Baleares, Civil, Sección 3, 24 Marzo 1999, rec. 545/1998 (ROJ: SAP IB 650/1999). SAP Valencia, Sección 6ª, 1 Junio 1999, rec. 833/1997 (ROJ: SAP V 3419/1999).

¹⁵⁴ SAP Valencia, Sección 10ª, 12 Ene. 2004, rec. 834/2003 (LA LEY 6050/2004). SAP Barcelona, Sección 18ª, 22 Jul. 2004, rec. 875/2003 (LA LEY 174233/2004).

¹⁵⁵ SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 17 Sep. 2004, rec. 285/2004 (LA LEY 192536/2004).

¹⁵⁶ SAP Valencia, Sección 6ª, 3 Junio 1999, rec. 850/1998 (ROJ: SAP V 3480/1999).

¹⁵⁷ SAP Valencia, Sección 6ª, 2 Feb. 2000, rec. 826/1999 (ROJ: SAP V 720/2000).

la falta de contacto habitual condicionaba también la conducta del progenitor no custodio, “*que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño*”, concluyendo que en ocasiones, la falta de convivencia provocaba, antes o después, “*el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor*”¹⁵⁸.

Así, ya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de julio de 1999¹⁵⁹, atribuyó la guarda y custodia alternativamente, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Que el derecho-deber de cuidar a los menores recae con la misma intensidad en ambos progenitores.

2. Que la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo de uno de los progenitores.

3. Que se debe atender primordialmente el interés del menor.

4. Que las figuras materna y paterna se deben equilibrar, compensar y complementar de manera adecuada.

5. Que ambos progenitores tienen la capacidad para cuidar adecuadamente a los menores.

Los Tribunales, para la concesión de la custodia compartida, exigieron la concurrencia, tanto de las condiciones objetivas de capacidad de los padres y adecuación de dicho sistema a los intereses del menor como de las condiciones

¹⁵⁸ SAP Valencia, Sección 6ª, 3 Oct. 1997, rec. 925/1996 (ROJ: SAP V 71/1997).

¹⁵⁹ SAP Valencia, Sección 6ª, 30 Jul. 1999, rec. 215/1999 (ROJ: SAPV 4962/1999).

subjetivas de consenso del padre y de la madre en el ejercicio de la guarda compartida¹⁶⁰.

Otras sentencias¹⁶¹, aunque no mayoritarias, admitieron esta fórmula de la guarda compartida por el beneficio que reportaba a los menores el mayor contacto con sus dos progenitores.

Es decir, se admitía excepcionalmente el régimen de guarda y custodia siempre que las circunstancias objetivas y subjetivas lo propiciaran y sin perder de vista el principio rector en la materia, el *bonum filii*¹⁶².

En este sentido se manifestó, por alguna Audiencia Provincial, que los parámetros judiciales a tener en cuenta, además del interés del menor, eran los siguientes: “a) la exploración judicial de los hijos; b) los medios con que cuenta cada progenitor; c) su actitud y aptitud para hacerse cargo de tal función; d) los acuerdos a que hayan llegado los mismos; e) las condiciones de su escolarización, formación integral y ocio; f) las comunicaciones y visitas, y en fin, todos aquellos aspectos que, en el caso concreto enjuiciado, siempre con el informe favorable de especialistas y educadores, aconsejen al juez para decidir en justicia.” Añadiéndose que el análisis individualizado del caso concreto nos diría, en cada caso, “lo que es mejor para los menores, puesto que éstos tampoco debe nunca olvidar se necesitan en su formación los

¹⁶⁰ SAP Barcelona, Sección 12ª, 3 Mar. 2004, rec. 235/2003 (LA LEY 54857/2004). SAP Las Palmas, Sección 5ª, 15 Abr. 2004, rec. 384/2002 (LA LEY 88891/2004). SAP Barcelona, Sección 18ª, 25 May. 2005, rec. 460/2004 (LA LEY 117761/2005). La SAP Castellón, Sección 2ª, 13 Jul. 2005, rec. 52/2005 (LA LEY 156220/2005.), accedió a la custodia compartida porque los padres habían mostrado un sentido común fuera de lo normal para conllevar la crisis matrimonial sin afectación de su única hija.

¹⁶¹ La SAP Valencia, Sección 6ª, 1 Jun. 2000, rec. 779/1999 (LA LEY 113600/2000) estimó acertado establecer un régimen de custodia compartida que permitiera mantener la vinculación y el contacto frecuente con ambos padres. Y en el mismo sentido en Sentencia de 2 Feb. 2000, rec. 826/1999 (LA LEY 29274/2000).

¹⁶² SAP Valencia, Sección 6ª, 9 Mar. 2000, rec. 848/1999 (LA LEY 55831/2000). Para la SAP Barcelona, Sección 18ª, 21 Dic. 2001, rec. 1355/2000 (LA LEY 231925/2001) nada impedía que si realmente se acreditaba que lo más beneficioso para el menor era permitir que ambos padres asumieran, de forma compartida, la custodia se adoptará judicialmente esta medida como la más adecuada para regir en el futuro la situación del menor. SAP Barcelona, Sección 12ª, 2 Dic. 2003, rec. 261/2003 (LA LEY 950/2004). SAP Las Palmas, Sección 5ª, 15 Abr. 2004, rec. 384/2002, (LA LEY 88891/2004).

referentes paterno y materno que la naturaleza humana ha diseñado en nuestra configuración biológica y nuestra civilización ha construido socialmente.”¹⁶³

Por otra parte, algunas Audiencias Provinciales¹⁶⁴ afirmaron que la patria potestad sobre los hijos correspondía a ambos progenitores y la separación matrimonial, en principio, no tenía por qué alterar el contenido de las funciones tuitivas debiendo participar los progenitores en todo lo relacionado con la educación y cuidado de los hijos. Añadiendo que, cuando cesaba la convivencia el derecho-deber de tener a los hijos en su compañía no se podía ejercer conjuntamente, pero si compartir en lo posible.

Así, entendieron que la cuestión a resolver era cómo debía hacerse ese reparto temporal de la convivencia de los progenitores separados con sus hijos. Argumentando que en ese reparto temporal debían tenerse en cuenta factores como la situación de los progenitores (personal y laboral), la vinculación familiar de los hijos, el arraigo con el lugar donde se había desarrollado la convivencia hasta entonces, las posibilidades de adaptación de los menores a un cambio residencia, y análogas; recordando, una vez más, que lo importante no era el interés del padre o de la madre sino el de los propios hijos.

2.2.2. Después de la Reforma de 2005.

Después de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de Julio, la jurisprudencia menor entendió que el régimen de guarda y custodia compartida era en principio posible, si así lo aconsejan las circunstancias concurrentes en cada caso, conforme estaba reconocido de modo expreso en el texto del art. 92 del Código Civil.

No obstante, condicionaron la concesión de ésta medida a la existencia de acuerdo de las partes o a solicitud de una de ellas y al informe del Ministerio Fiscal y de los equipos técnicos adscritos a los Tribunales, siempre que este régimen resultara el más conveniente para el interés del menor o menores afectados, que debía prevalecer

¹⁶³ SAP Ávila, Civil, Sección 1, 2 Oct. 1997, rec. 104/1997 (ROJ: SAP AV 2/1997).

¹⁶⁴ SAP Las Palmas, Sección 4ª, 17 May. 2004, rec. 226/2004 (LA LEY 115552/2004) y 15 Jul. 2004, rec. 744/2003 (LA LEY 168455/2004).

sobre cualquier otro, incluidos los pactos a que los padres hubieran podido llegar sobre dicho particular¹⁶⁵.

Para los Tribunales, el legislador con la reforma del año 2005 aceptó la custodia compartida, con unas extraordinarias cautelas, siendo la más relevante la exigencia de un altísimo grado de consenso entre los progenitores, sometido ese consenso a una homologación judicial que el legislador había rodeado de unas garantías especiales: la audiencia del Ministerio Fiscal, de los menores....Porque fuera de tales presupuestos, manifestaron, que la admisibilidad legal de la custodia compartida sólo era posible, conforme al art. 92.8 CC, “excepcionalmente”.

2.2.2.1. Rechazo del régimen de guarda y custodia compartida¹⁶⁶.

Tras la reforma producida por la Ley 15/2005, la jurisprudencia utilizó, mayoritariamente, como criterio para rechazar el régimen de custodia compartida la ausencia de los requisitos legalmente exigidos en el art. 92 CC para su concesión. Si bien, también, las Audiencias Provinciales continuaron utilizando los mismos criterios que ya había esgrimido con anterioridad para rechazar esta medida¹⁶⁷.

1.- La falta de la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos¹⁶⁸.

¹⁶⁵ SAP Asturias, Sección 4ª, 9 Nov. 2005, rec. 375/2005 (LA LEY 218758/2005).

¹⁶⁶ SAP Burgos, Sección 2ª, 4 Nov. 2008, rec. 108/2008 (LA LEY 257954/2008). SAP La Rioja, 8 May. 2009, rec. 36/2009 (LA LEY 79788/2009). SAP Málaga, Sección 6ª, 2 Sep. 2009, rec. 286/2009 (LA LEY 302631/2009).

¹⁶⁷ La SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 4 Julio 2005, rec. 333/2005 (ROJ: SAP SA 453/2005) manifestó que no se oponía con carácter general a la introducción al régimen de custodia compartida a ser perfectamente posible al amparo de la legislación en ese momento en vigor, pero manifestó que “*la determinación de ese particular régimen obliga a una determinación exacta y puntual de las obligaciones de ambos padres, tiempos y momentos en los que disfrutarán de la compañía de la hija, vivienda en la que ésta habitará, con desplazamientos de los padres a la misma, o, en su caso, domicilios alternos de la hija, para lo cual es necesario valorar desplazamientos de la misma al centro educativo, trabajos concretos de los padres, con horario detallado, con el fin de comprobar, hasta que punto es posible una dedicación integral y completa y aproximadamente igual de ambos a la menor, ya que no tiene sentido la fijación de un régimen de custodia compartida si alguno de los cónyuges no lo va a cumplir de forma eficaz, delegando muchas de las obligaciones en parientes cercanos por imposibilidad material de hacerse cargo durante todo el tiempo previsto de la menor y ello sin que pueda siempre afirmarse que una dedicación en menor tiempo no implique un tiempo de mayor calidad dedicado a los hijos*”.

¹⁶⁸ La SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 22 Feb. 2006, rec. 919/2005 (ROJ: SAP V 550/2006) denegó la custodia compartida al no concurrir los requisitos del art. 92.8 CC ya que no había sido interesada por

Como hemos señalado el Código civil establece como requisitos imprescindibles para la fijación judicial de la guarda y custodia compartida: la solicitud de una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, así como la obligación de fundar la adopción del régimen en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor¹⁶⁹.

La jurisprudencia posterior a la reforma de 2005, rechazó mayoritariamente este régimen de custodia argumentando la ausencia de los requisitos legalmente exigidos para acordar la custodia compartida.

2.- El principio general del interés superior del menor¹⁷⁰.

Algunas Audiencias Provinciales continuaron denegando la concesión de la guarda y custodia compartida por considerar que el régimen compartido de custodia era contrario al interés del menor y a su estabilidad. Destacando la necesidad de garantizar a los menores una situación permanente de estabilidad y equilibrio.

3.-Las relaciones entre ambos progenitores¹⁷¹.

ninguno de los progenitores, éstos mantenían unas relaciones bastante tensas y el dictamen del Ministerio Fiscal no había sido favorable a esta modalidad), y por último, no parecía que era la única forma de salvaguardar el interés de los hijos. SAP Córdoba, Civil, Sección 3ª, 1 Marzo 2006, rec. 378/2005 (ROJ: SAP CO 287/2006). SAP Madrid, Sección 22ª, 9 Jun. 2008, rec. 1034/2007 (LA LEY 109925/2008). SSAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 24 Sep. 2008, rec. 169/2008 (ROJ: SAP GU 239/2008) y 18 Feb. 2009, rec. 316/2008 (ROJ: SAP GU 37/2009). SAP Málaga, Sección 6ª, 26 Mar. 2009, rec. 879/2008 (LA LEY 81271/2009). SAP Vizcaya, Civil, Sección 1ª, 5 Enero 2010, rec. 232/2009 (ROJ: SAP BI 345/2010). SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 26 Abr. 2010, rec. 604/2009 (LA LEY 216736/2010). SAP Alicante, Sección 4ª, 16 Sep. 2010, rec. 296/2010 (LA LEY 249516/2010). SAP A Coruña, Sección 6ª, Sentencia de 26 Sep. 2012, rec. 543/2011 (LA LEY 217301/2012). SSAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 2 Sept. 2013, rec. 1545/2012 (ROJ: SAP M 13306/2013) y 17 Sept. 2013, rec. 1606/2012 (ROJ: SAP M 13451/2013).

¹⁶⁹ La SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 7 Enero 2012, rec. 805/2011 (ROJ: SAP MA 843/2012) descartó el régimen de guarda compartida como única solución para proteger adecuadamente el interés prioritario de los menores. SAP Cáceres, Civil, Sección 1, 10 Enero 2012, rec. 551/2011 (ROJ: SAP CC 7/2012). SAP Albacete, Civil, Sección 1ª, 2 Sept. 2013, rec. 22/2013 (ROJ: SAP AB 776/2013).

¹⁷⁰ La SAP Madrid, Sección 24ª, 22 Feb. 2007, rec. 1232/2006 (LA LEY 37555/2007), desestimo la custodia compartida solicitada por entender que era contraproducente con la estabilidad de la menor. También en Sentencia de 13 Sep. 2007, rec. 393/2007 (LA LEY 182457/2007) y de Sentencia de 24 Oct. 2007, rec. 803/2007 (LA LEY 253453/2007). SAP Valencia, Sección 10ª, 7 Mar. 2007, rec. 91/2007 (LA LEY 117468/2007) y 20 Sep. 2007, rec. 740/2007 (LA LEY 179883/2007). SAP Barcelona, Sección 12ª, 8 Mar. 2007, rec. 874/2006 (LA LEY 14670/2007). SAP Cuenca, 3 Sep. 2007, rec. 165/2007 (LA LEY 194603/2007).

Ha existido una opinión muy generalizada en la jurisprudencia menor, tendente a rechazar la custodia compartida en aquellos supuestos en que no existía conformidad o acuerdo entre ambos progenitores, y aun en los supuestos en que existía buena relación, se ha denegado por no concurrir ciertas condiciones de coordinación entre el padre y la madre en determinados aspectos de la vida cotidiana de los niños.

4.- La no alteración del *statu quo* de los menores¹⁷².

Tras la reforma del año 2005, los Tribunales continuaron intentando, en la medida de lo posible, no sustraer al menor de su entorno escolar, familiar y círculo de amistades, lo que se traducía en un respeto a la convivencia que, con alguno de los progenitores, venía manteniendo el menor de forma continuada.

5.- La no alteración sustancial de las circunstancias¹⁷³.

Se ha denegado la modificación del régimen de custodia monoparental a compartida por considerar que no concurre una alteración sustancial de las circunstancias que exigen los arts. 90 y 91 in fine CC y 775 LEC en relación con el art. 92 CC. Incluso ha habido Tribunales que han manifestado que *“el incidente de modificación de medidas no puede convertirse en un “coladero” procesal para cuando*

¹⁷¹ SAP Barcelona, Sección 12ª, 3 Mar. 2004, rec. 235/2003 (LA LEY 54857/2004). La SAP Guipúzcoa, Sección 3ª, 21 Dic. 2007, rec. 3087/2007 (LA LEY 314900/2007), denegó la custodia compartida debido a la tensa relación que mantenían los progenitores. SAP Valencia, Civil, Sección 2ª, 13 Julio 2005, rec. 52/2005 (ROJ: SAP CS 787/2005). SAP Barcelona, Sección 18ª, 5 Julio 2005, rec. 891/2004 (ROJ: SAP B 12769/2005). SAP Asturias, Sección 1ª, 29 Ene. 2008, rec. 333/2007 (LA LEY 20248/2008). SAP Málaga, Sección 6ª, 12 Feb. 2008, rec. 901/2007 (LA LEY 99312/2008). SAP Tarragona, Sección 1ª, 27 Oct. 2010, rec. 215/2010 (LA LEY 278296/2010). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 5 Dic. 2012, rec. 319/2012 (LA LEY 201728/2012). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 22 Ene. 2013, rec. 593/2012 (LA LEY 20425/2013).

¹⁷² SAP Burgos, Sección 2ª, 3 Nov. 2006, rec. 248/2006 (LA LEY 181637/2006). SAP Granada, Civil, Sección 4ª, 30 Junio 2006, rec. 627/2005 (ROJ: SAP GR 743/2006). SAP Cantabria, Sección 2ª, 7 Abr. 2008, rec. 460/2007 (LA LEY 95916/2008). La SAP Málaga, Sección 6ª, 12 Feb. 2008, rec. 901/2007 (LA LEY 99312/2008) resolvió mantener la situación actual a la que la menor se había adaptado. SAP Barcelona, Sección 12ª, 30 Mar. 2010, rec. 884/2009 (LA LEY 43055/2010). SAP Asturias, Civil, Sección 6ª, 16 Sept. 2013, rec. 276/2013 (ROJ: SAP O 2415/2013).

¹⁷³ SSAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 11 Sept. 2013, rec. 1286/2012 (ROJ: SAP M 13308/2013), 13 Feb. 2014, rec. 1133/2013 (ROJ: SAP M 1079/2014) y 13 Nov. 2014, rec. 1477/2013 (ROJ: SAP M 17299/2014). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 11 Nov. 2014, rec. 249/2014 (ROJ: SAP IB 2195/2014). SAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 15 Oct. 2015, rec. 545/2015 (ROJ: SAP MU 2145/2015).

*en el previamente planteado no ha sido estimada la pretensión, iniciándose otro sin cambio "sustancial" que lo justifique"*¹⁷⁴.

No obstante, tras la reforma del Código Civil, y sobre todo en los últimos años, se ha pretendido un cambio del régimen de guarda y custodia con el pretexto de un cambio sustancial de circunstancias ya que, se ha argumentado, que la tendencia de la jurisprudencia y doctrina de fijar como régimen general el de la guarda y custodia compartida lo justificaba. Y así, algunas resoluciones judiciales han manifestado que *"el cambio de criterio jurisprudencial sobre la guarda y custodia compartida constituye por sí solo un cambio sustancial de circunstancias"*¹⁷⁵.

Sin embargo, compartimos el criterio seguido por la mayoría de los Tribunales que lo han rechazado exigiendo, en primer lugar, que resulte acreditado un cambio sustancial de circunstancias¹⁷⁶, ya que es el presupuesto básico para que pueda modificarse lo acordado por resolución judicial y, en segundo lugar, que resulte acreditado que el superior interés y beneficio del menor requiere el cambio al régimen de custodia¹⁷⁷.

2.2.2.2. Admisión del régimen de guarda y custodia compartida.

En el marco del nuevo panorama legislativo, la jurisprudencia menor manifestó que el principio del beneficio del menor era el que imperaba en estos casos como una auténtica pauta de conducta inamovible. De manera que lo esencial no eran los intereses de los padres, cuyas vidas seguían caminos distintos, sino el de los hijos.

¹⁷⁴ SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 7 Mayo 2014, rec. 417/2014 (ROJ: SAP CO 452/2014).

¹⁷⁵ SSAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 5 Mayo 2015, rec. 84/2015 (ROJ: SAP BI 982/2015), 26 Oct. 2015, rec. 300/2015 (ROJ: SAP BI 1941/2015) y 30 Junio 2016, rec. 164/2016 (ROJ: SAP BI 1216/2016).

¹⁷⁶ SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 19 Oct. 2015, rec. 128/2015 (ROJ: SAP TF 3067/2015). SAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 22 Oct. 2015, 372/2015 (ROJ: SAP M 14302/2015).

¹⁷⁷ SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 13 Sept. 2013, rec. 18/2013 (ROJ: SAP GC 2583/2013). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 6 Nov. 2014, rec. 167/2013 (ROJ: SAP MA 2726/2014). La SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 3 Marzo 2016, rec. 313/2015 (ROJ: SAP TF 1172/2016), a pesar de resultar acreditado un cambio de circunstancias no accedió a la custodia compartida al entender que no existía dato alguno del que se dedujera que ese régimen de custodia era más beneficioso para la menor. SAP Lugo, Civil, Sección 1ª, 6 Julio 2016, rec. 358/2015 (ROJ: SAP LU 466/2016).

Para algunas Audiencias Provinciales¹⁷⁸ el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro, no satisfacía las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provocaba que se tomara a éste como un único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente.

El principio del *favor filii* no se revelaba como una simple fórmula estereotipada, sino como un principio fundamental constitucionalmente consagrado en el art. 39 CE, que presidía la adopción de cualquier medida en relación con los hijos y que consistía en la necesidad de procurar el bienestar físico y emocional de los menores y salvaguardar su interés, favoreciendo su formación y desarrollo integral¹⁷⁹.

En algunas resoluciones el principio del interés superior del menor fue llevado hasta el extremo de que se optaba por un sistema de guarda compartida “...atendiendo fundamentalmente al deseo de los menores”¹⁸⁰ o destacando “...las preferencias de los hijos, que han de ser evidentemente respetadas...”¹⁸¹; o por lo contrario se denegaba este régimen de custodia porque “... era contraria a la voluntad de los hijos...” o porque “... tal expectativa no es coincidente con los deseos de las hijas...”¹⁸².

¹⁷⁸ SSAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 29 Dic. 2004, rec. 273/2004 (ROJ: SAP A 3023/2004) y 3 Marzo 2005, rec. 512/2004 (ROJ: SAP A 706/2005). SAP Córdoba, Civil, Sección 2ª, 24 Abr. 2006, rec. 88/2006 (ROJ: SAP CO 617/2006). SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 27 Marzo 2013, rec. 706/2012 (ROJ: SAP A 1389/2013). SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 27 Junio 2014, rec. 216/2014 (ROJ: SAP VI 289/2014) y 8 Sept. 2014, rec. 242/2014 (ROJ: SAP VI 422/2014).

¹⁷⁹ SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 22 Sep. 2006, rec. 129/2006 (LA LEY 135797/2006). SAP Toledo, Sección 2ª, 18 Ene. 2007, rec. 197/2006 (LA LEY 5942/2007). SAP A Coruña, Sección 4ª, 24 Ene. 2007, rec. 516/2006 (LA LEY 5048/2007).

¹⁸⁰ SAP Jaén, Sección 1ª, 9 May. 2005, rec. 135/2005 (LA LEY 103447/2005). SAP Segovia, 9 Feb. 2007, rec. 445/2006 (LA LEY 94215/2007). SAP Madrid, Sección 22ª, 5 Jun. 2007, rec. 396/2007 (LA LEY 149923/2007). SAP León, Sección 1ª, 22 Feb. 2008, rec. 211/2007 (LA LEY 40637/2008).

¹⁸¹ SAP Madrid, Sección 24ª, 16 Mar. 2005, rec. 870/2004 (LA LEY 62402/2005).

¹⁸² SAP Burgos, Sección 2ª, 3 Nov. 2006, rec. 248/2006 (LA LEY 181637/2006). SAP Madrid, Sección 24ª, 16 Mar. 2005, rec. 870/2004 (LA LEY 62402/2005). SAP Guipúzcoa, Sección 2ª, 5 Dic. 2007, rec. 2283/2007 (LA LEY 314829/2007). SAP León, Sección 1ª, 22 Feb. 2008, rec. 211/2007 (LA LEY 40637/2008).

En la valoración del interés superior del menor, la jurisprudencia ha ponderado los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en los progenitores, al igual que las necesidades afectivas de los hijos¹⁸³.

Sintetizando los requisitos jurisprudenciales, que tras la reforma del año 2005, se utilizaron para conceder la guarda y custodia compartida, serían los siguientes¹⁸⁴:

1º.- La admisión no consensuada de la custodia compartida es excepcional¹⁸⁵ y requiere, en consecuencia, un análisis detallado de las circunstancias concurrentes de la familia en litigio para determinar si esa fórmula jurídica es adecuada al superior interés del menor¹⁸⁶.

Para la jurisprudencia debe de evitarse un cambio en el entorno social, familiar y educativo del menor, y debe de concurrir una adecuada madurez y predisposición del menor, desaconsejándose tal régimen para los menores de corta edad.

¹⁸³ SAP León, Sección 2ª, 26 Feb. 2007, rec. 279/2006 (LA LEY 88928/2007). SAP Cádiz, Sección 5ª, 24 Abr. 2007, rec. 17/2007 (LA LEY 54735/2007). SAP Málaga, Sección 6ª, 3 Jul. 2007, rec. 306/2007 (LA LEY 358430/2007). SAP Barcelona, Sección 18ª, 26 Feb. 2008, rec. 550/2007 (LA LEY 19502/2008). SAP Madrid, Sección 22ª, 1 Jul. 2008, rec. 488/2008 (LA LEY 115082/2008).

¹⁸⁴ Los criterios que generalmente se utilizan por la jurisprudencia menor para conceder la guarda y custodia compartida serán analizados en el capítulo 4.

¹⁸⁵ SAP Burgos, Sección 2ª, 30 Nov. 2006, rec. 435/2006 (ROJ: SAP BU 1073/2006). SAP A Coruña, Sección 5ª, 30 Sep. 2009, rec. 309/2009 (LA LEY 324219/2009). SAP Madrid, Sección 24ª, 29 Abr. 2010, rec. 1308/2009 (LA LEY 242513/2010), ha subrayado el carácter excepcional de la guarda y custodia compartida. En el mismo sentido la SAP, Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 16 Feb. 2011, rec. 302/2010 (ROJ: SAP GU 38/2011).

¹⁸⁶ Para la SAP Barcelona, Sección 12ª, 20 Dic. 2006, rec. 217/2006 (LA LEY 248880/2006), el juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, así como la idoneidad de la modalidad de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia respecto al caso concreto y la personalidad y necesidades de los menores de que se trate; debiendo ponderar circunstancias de carácter objetivo, entre otras: “a) la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; c) la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; f) la precaución de que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones”.

2º.- A petición de una de las partes¹⁸⁷.

Se ha entendido, por la jurisprudencia, que sería incongruente imponer un sistema de alternancia en la guarda de los hijos cuando no ha sido solicitada por los progenitores ni por el Ministerio Fiscal. No pudiendo imponerse de oficio¹⁸⁸.

Compartimos dicho criterio, por considerar, como ya hemos manifestado, que es esencial para conceder esta medida de guarda y custodia la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

3º.- Informe del Ministerio Fiscal¹⁸⁹.

El legislador exigió que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable en el supuesto previsto en el art. 92. 8 CC.

La jurisprudencia ha denegado la custodia compartida por la ausencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, entre otras circunstancias.

Si bien, es cierto que, dicho requisito¹⁹⁰ fue cuestionado por un amplio sector doctrinal que consideraba que incidía negativamente en la facultad decisoria del Juez y

¹⁸⁷ SAP Huelva, Sección 2ª, 19 Dic. 2006, rec. 241/2006 (LA LEY 265445/2006). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 27 Abr. 2007, rec. 640/2006 (LA LEY 125453/2007).SAP Castellón, Sección 2ª, 22 Oct. 2007, rec. 79/2007 (LA LEY 284006/2007). SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 16 Mar. 2009, rec. 633/2008 (LA LEY 116395/2009). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 23 Mar. 2010, rec. 543/2009 (LA LEY 41746/2010). SAP Cádiz, Sección 5ª, 5 Oct. 2011, rec. 304/2011 (LA LEY 234468/2011).

¹⁸⁸ SSTC nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (LA LEY 153054/2012).

¹⁸⁹ SAP León, Sección 2ª, 26 Feb. 2007, rec. 279/2006 (LA LEY 88928/2007).

La SAP Castellón, Sección 2ª, 11 Jul. 2007, rec. 29/2007 (LA LEY 155155/2007) afirmó que el informe favorable del Ministerio Fiscal era necesario cuando no existía consenso entre los progenitores. En el mismo sentido la SAP Burgos, Sección 2ª, 4 Nov. 2008, rec. 108/2008 (LA LEY 257954/2008), rechazó la custodia compartida, por no concurrir acuerdo entre los progenitores ni informe favorable del Ministerio Fiscal. SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 16 Mar. 2009, rec. 633/2008 (LA LEY 116395/2009).SAP Alicante, Sección 4ª, 16 Sep. 2010, rec. 296/2010 (LA LEY 249516/2010). SAP Madrid, Sección 22ª, 28 Sep. 2010, rec. 247/2010 (LA LEY 234759/2010). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 6 Abr. 2011, rec. 592/2010 (LA LEY 54059/2011). SAP Madrid, Sección 22ª, 15 Ene. 2013, rec. 174/2012 (LA LEY 8687/2013).

que sería conveniente que, por reforma legislativa se suprimiera el requisito de que el informe del fiscal tenga que ser favorable y se le diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal con independencia del sentido del mismo.

4º.- En todo caso, y lo más importante, es que se admitirá la custodia compartida en un proceso contencioso si “*sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”¹⁹¹.

Se ha exigido, mayoritariamente, por las Audiencias Provinciales, conforme con el art. 92.8 CC, que la medida de guarda y custodia compartida se constituya como imprescindible para proteger adecuadamente el interés superior del menor. Es decir, que solo con la atribución de un régimen compartido de custodia se proteja adecuadamente el interés superior del menor¹⁹².

También, ha habido resoluciones judiciales que han rechazado la concesión de la guarda y custodia compartida por entender que esta no era la única forma de proteger el

¹⁹⁰ SSTC nº 185/2012, de 17 Oct. 2012, rec. 8912/2006 (LA LEY 153054/2012), ha declarado que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal es contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE.

¹⁹¹ SAP Barcelona, Sección 12ª, 29 Sep. 2006, rec. 356/2006 (LA LEY 231846/2006). La SAP Valencia, Sección 10ª, 18 Jun. 2007, rec. 383/2007 (LA LEY 110252/2007) rechazó la custodia compartida solicitada por no ser la única forma de proteger adecuadamente el interés de los menores. SAP Guadalajara, 23 Dic. 2009, rec. 267/2009 (LA LEY 291238/2009). La SAP Sevilla, Sección 2ª, 30 Jun. 2010, rec. 8136/2009 (LA LEY 270276/2010) no acordó el régimen de custodia compartida, por entender que no se había acreditado que solo de esa forma se protegiera adecuadamente el interés superior del menor, ni concurría ningún dato que permitiera sostener que la atribución de la guarda y custodia en uno de los progenitores no sea lo más adecuado para el menor. SAP Córdoba, Sección 2ª, 22 Jul. 2011, rec. 122/2011 (LA LEY 202766/2011). SAP Ávila, 20 Nov. 2012, rec. 207/2012 (LA LEY 192837/2012). SAP Madrid, Sección 22ª, 25 Ene. 2013, rec. 619/2012 (LA LEY 16962/2013).

¹⁹² En tal línea se pronunció SAP Valencia, Sección 10ª, 22 Feb. 2006, rec. 919/2005 (LA LEY 39206/2006), que señaló la insuficiencia de que los hijos manifestaran unas preferencias asimilables a una custodia compartida, cuando no concurrían acuerdo de los padres; no siendo los dictámenes del Ministerio Fiscal favorables a esta modalidad y cuando la misma no parecía que fuera la única forma de salvaguardar el interés de los hijos, pues la custodia exclusiva por uno solo de los progenitores se perfilaba como idónea a la finalidad pretendida. SAP Pontevedra, Sección 3ª, 17 Ene. 2007, rec. 257/2006 (LA LEY 1943/2007). SSAP Barcelona, Sección 12ª, 28 Mar. 2007, rec. 665/2006 (LA LEY 17980/2007) y 29 Oct. 2010, rec. 866/2009 (LA LEY 217599/2010). SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 26 Abr. 2010, rec. 604/2009 (LA LEY 216736/2010).

interés del menor o que bien no se había podido demostrar, en el caso concreto, que fuera más beneficiosa que una custodia exclusiva¹⁹³.

En relación con este requisito, se exigió que las sentencias argumentaran las razones en virtud de las cuales se descartaban otros sistemas de custodia y que llevaban a considerar la guarda compartida como la única opción idónea¹⁹⁴.

Sin embargo, frente a la tendencia restrictiva, comenzaron a dictarse resoluciones judiciales que destacaban los beneficios¹⁹⁵ del régimen de guarda y custodia compartida:

a) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja. Constituye el modelo de

¹⁹³ SAP Navarra, Sección 2ª, 17 Nov. 2006, rec. 155/2006 (LA LEY 220922/2006). SAP Badajoz, Sección 2ª, 15 Ene. 2007, rec. 798/2006 (LA LEY 4696/2007). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 26 Jun. 2007, rec. 221/2007 (LA LEY 145975/2007).

¹⁹⁴ SAP Madrid, Sección 22ª, 31 Oct. 2006, rec. 732/2006 (LA LEY 201384/2006).

¹⁹⁵ SSTSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 31 Jul. 2008, rec. 72/2007 (LA LEY 116201/2008). SAP Tarragona, Sección 1ª, 17 Jun. 2009, rec. 93/2009 (LA LEY 166436/2009). SAP Sevilla, Sección 2ª, 29 Abr. 2010, rec. 8200/2009 (LA LEY 179669/2010). SAP Madrid, Sección 22ª, 11 Nov. 2010, rec. 734/2009 (LA LEY 242132/2010). La SAP Castellón, Sección 2ª, 25 May. 2011, rec. 139/2010 (LA LEY 148449/2011), ha manifestado que, con carácter general, el régimen de guarda y custodia compartida es la solución más beneficiosa para los menores, puesto que con ella se consigue que ambos progenitores se impliquen y se dediquen por igual al cuidado de los hijos, y es con ella como se sientan las bases adecuadas para que la relación afectiva del menor sea lo más amplia e intensa posible con ambos progenitores, sin marginar o postergar a uno de ellos siquiera parcialmente en ambas facetas tan importantes para el desarrollo del menor. SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 13 Ene. 2012, rec. 619/2010 (LA LEY 1873/2012). Y en Sentencia de 26 Feb. 2013, rec. 566/2012 (LA LEY 30086/2013). Para la SAP Alicante, Sección 6ª, 16 Ene. 2012, rec. 642/2011 (LA LEY 81070/2012), los beneficios del régimen de custodia compartida, cuando se dan las circunstancias favorables, son muy superiores a los eventuales inconvenientes. SAP Granada, Sección 5ª, 27 Abr. 2012, rec. 778/2011 (LA LEY 98535/2012). La SAP Granada, Civil, Sección 5ª, 20 Sept. 2013, rec. 154/2013 (ROJ: SAP GR 2465/2013) ha destacado que la guarda y custodia compartida tiene s beneficios tanto para los hijos, como para los padres. Señalando que *“facilita la relación entre los hijos y sus progenitores posibilitando el contacto y conocimiento de los modelos educativos y formativos de estos, de indudable interés para los menores al facilitar variadas opciones de elección, por otra parte, evita o disminuye la posibilidad de manipulación de los hijos por los padres al estar ambos implicados en el mismo empeño y, además, evita sentimientos negativos en los hijos, como el de abandono y suplantación o conflictos de lealtades que no benefician el armonioso desarrollo de su personalidad. Pero, además, también deben apreciarse unos efectos colaterales en beneficio de progenitores e hijos, latentes en la voluntad del legislador, pues la custodia compartida proporciona una mayor relación entre los progenitores, imponiendo una cooperación superior a la de guarda y custodia única y favorece la adopción de acuerdos respecto de fundamentales funciones de la patria potestad, como la educación o la protección, asistencia y cuidado de los menores”*.

convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;

b) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, como el miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa...

c) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

d) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos.

e) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;

f) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional.

g) Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos.

Comienza, así, una nueva etapa en la jurisprudencia pronunciándose a favor del régimen de guarda y custodia compartida.

Si bien, a todas estas resoluciones judiciales que proclaman las “bondades” del régimen de guarda y custodia compartida, debemos ponerles un “pero” y es que, entendemos, que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos con carácter general, pues, como hemos señalado en el Derecho de Familia no hay dos casos iguales, así que entendemos que resulta imprescindible ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para decidir el régimen de custodia más adecuado.

5º. La custodia compartida no es una medida excepcional¹⁹⁶.

En los últimos años se ha producido una progresiva tendencia en favor de la custodia compartida hasta el punto que se ha manifestado que no se trata de una medida excepcional sino que debe considerarse normal¹⁹⁷ e incluso deseable¹⁹⁸, término éste último que para algunos Tribunales¹⁹⁹ constituye “*el reconocimiento, no ya de la equiparación de este régimen con el de la custodia separada ("normal"), sino que revela la prevalencia de este régimen ("deseable")*”.

Podríamos afirmar, que hay una autentica tendencia social y legislativa que contempla la custodia compartida como primera opción en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores si sus padres viven separados, pero matizada por los Tribunales en el sentido de que ello será así siempre que se den condiciones favorables que así lo aconsejen en beneficio de los hijos y siempre que lo decida el Tribunal en interés de los mismos²⁰⁰. Por tanto, es el interés de los hijos menores el factor nuclear que debe guiar la decisión sobre el régimen de guarda y custodia.

Tampoco han faltado, como veremos, resoluciones judiciales²⁰¹ que han manifestado que el hecho de que la custodia compartida pudiera considerarse la solución “prioritaria” o normal en los supuestos de ruptura familiar no puede determinar sin más

¹⁹⁶ SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 17 Nov. 2014, rec. 260/2014 (ROJ: SAP NA 1188/2014). la SAP Segovia, Civil, Sección 1ª, 16 Junio 2015, rec. 42/2015 (ROJ: SAP SG 127/2015).

¹⁹⁷ SAP Asturias, Civil, Sección 1ª, 12 Mayo 2016, rec. 128/2016 (ROJ: SAP O 1406/2016).

¹⁹⁸ Para la SAP Segovia, Civil, Sección 1ª, 26 Junio 2013, rec. 62/2013 (ROJ: SAP SG 175/2013) la custodia compartida “*no debe estimarse como 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 y en tanto en cuanto lo sea*”.

¹⁹⁹ SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 4 Dic. de 2013, rec. 787/2012 (ROJ: SAP TF 2699/2013).

²⁰⁰ SAP Cáceres, Civil, Sección 1ª, 18 Oct. 2013, rec. 393/2013 (ROJ: SAP CC 746/2013). SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 28 Oct. 2014, rec. 157/2014 (ROJ: SAP GU 418/2014). SAP Ciudad Real, Civil, Sección 2ª, 7 Mayo 2015, rec. 64/2015 (ROJ: SAP CR 527/2015). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 25 Junio 2015, rec. 350/2014 (ROJ: SAP TF 629/2015).

²⁰¹ SAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 28 Marzo 2014, rec. 191/2014 (ROJ: SAP MU 793/2014). SAP Ciudad Real, Civil, Sección 1ª, 4 Julio 2014, rec. 51/2014 (ROJ: SAP CR 692/2014).

que deba adoptarse siempre de forma automática en los casos de ruptura de la relación de pareja. Criterio que compartimos ya que sólo habría razón en tal sentido, cuando los hechos concurrentes pusieran de manifiesto que tal medida resultaba la situación más favorable a los intereses de los hijos menores, como así se expone de manera expresa en el párrafo segundo del art. 92 CC, y ha reiterado el Tribunal Supremo²⁰² cuando afirma que el derecho de los hijos a que el divorcio no altere sistemáticamente las relaciones de forma equilibrada con uno y otro progenitor. Concluyendo, que *“es por tanto, la búsqueda del superior interés del menor, el denominado "bonus o favor filii”, el elemento decisivo y relevante con respecto a la adopción de tal medida de custodia compartida”*²⁰³.

En conclusión, podemos afirmar que por parte de la jurisprudencia menor ha existido, inicialmente, un fuerte rechazo hacia la medida de la guarda y custodia compartida, admitiéndola en supuestos muy excepcionales y siempre en beneficio del interés del menor. Es por ello, que la búsqueda del superior interés del menor es la finalidad última y esencial a la que debe responder la medida de custodia compartida de los hijos al igual que la medida de guarda monoparental de los mismos. No obstante, en los últimos años se ha venido concediendo la custodia compartida de forma lenta pero progresiva.

2.3.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

2.3.1. Introducción.

En este epígrafe analizaremos los pronunciamientos del Tribunal Supremo respecto del régimen de guarda y custodia compartida. Pues, la jurisprudencia más reciente²⁰⁴ emanada por la Sala 1ª del Alto Tribunal ha contribuido a integrar el contenido y alcance del art. 92 CC.

²⁰² SSTS, Civil, Sección 1ª, 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (ROJ: STS 5969/2009) y 25 Mayo 2012, rec. 1395/2010 (ROJ: STS 3793/2012).

²⁰³ SSAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 12 Dic. 2013, rec. 872/2013 (ROJ: SAP MU 2819/2013), 3 Enero 2014, rec. 931/2013 (ROJ: SAP MU 69/2014) y 5 Junio 2014, rec. 466/2013 (ROJ: SAP MU 1177/2014).

²⁰⁴ Desde el año 2009 hasta la actualidad.

Comenzaremos poniendo en relación el régimen de guarda y custodia con el interés del menor. A continuación recogeremos los criterios aplicables, según el Tribunal Supremo, para ponderar dicho interés. Destacando la reciente tendencia a considerar el régimen de guarda compartida con el “normal”, en los supuestos de crisis familiar así como la necesidad de que dicho régimen sea solicitado por los progenitores. Finalizaremos con una breve referencia a la importancia de los informes psicosociales así como la incidencia de la violencia de género en esta materia.

2.3.2. La guarda y custodia y el interés del menor.

Prima facie, debemos señalar que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este específico régimen de custodia, en todos aquellos casos en los que se ha justificado el interés casacional²⁰⁵.

Al respecto el Tribunal Supremo ha manifestado que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se impugna, pues el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de éste. Puesto, que no es posible, convertir el recurso de casación en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia²⁰⁶.

Es de significar que tanto en las sentencias dictadas antes²⁰⁷ de la reforma de la Ley 15/2005, como la mayoría de las posteriores²⁰⁸, el Tribunal Supremo se manifiesta,

²⁰⁵ SSTs, Civil, Sección 1ª, 7 Junio 2013, rec. 1128/2012 (ROJ: STS 2926/2013) y 27 Junio 2016, rec. 1577/2015 (ROJ: STS 3124/2016).

²⁰⁶ STS, Civil, Sección 1ª, 30 Dic. 2015, rec. 415/2015 (ROJ: STS 5687/2015). ATS, Civil, Sección 1ª, 21 Sept. 2016, rec. 623/2016 (ROJ: ATS 8325/2016).

²⁰⁷ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, 22 May. 1999, rec. 3281/1994 (LA LEY 83186/1999), 9 Jun. 2003, rec. 5078/2000 (LA LEY 101696/2003), 7 Jul. 2004, rec. 1159/1999 (LA LEY 161769/2004), 12 Jul. 2004, rec. 503/1999 (LA LEY 163831/2004), 14 Feb. 2005, rec. 3331/1998 (LA LEY 35489/2005).

²⁰⁸ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, 17 Jul. 2009, rec. 1369/2004 (LA LEY 125216/2009), 3 Oct. 2011, rec. 1965/2009 (LA LEY 183862/2011), 9 Mar. 2012, rec. 113/2010 (LA LEY 31826/2012). El STS, Sala Primera, de lo Civil, 7 Jun. 2013, rec. 1128/2012 (LA LEY 65217/2013), mantuvo la atribución materna de la custodia de los hijos por ser lo más beneficioso para éstos.

al igual que la jurisprudencia menor. En un primer momento, la tendencia fue conceder la guarda y custodia a uno solo de los progenitores, especialmente a la madre, por entender que era la decisión más adecuada para el interés de los menores, sin embargo, en últimos años esa tendencia ha ido cediendo en favor de la custodia compartida, considerándose esta la medida más deseable para los menores.

Sin embargo, antes y después de la reforma, hay un criterio común que se mantiene a lo largo del tiempo y es que la medida de la guarda y custodia debe acordarse siempre en interés del menor²⁰⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor, el interés superior a proteger. Es pues, dicho interés, el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar la decisión sobre el régimen de guarda más beneficioso para el menor.

Lo que importa, según el Alto Tribunal²¹⁰, es garantizar o proteger el interés del menor, que si bien es cierto tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación e intimidad.

Todos los requisitos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad²¹¹. Y así ha señalado recientemente que “*la interpretación del*

²⁰⁹ STS, Civil, Sección 1ª, 11 Feb. 2011, rec 500/2008 (ROJ: STS 505/2011). SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 29 Abr. 2013, rec. 2525/2011 (LA LEY 37196/2013), 7 Jun. 2013, rec. 1128/2012 (LA LEY 65217/2013) y 19 Julio 2013, rec. 2964/2012 (ROJ: STS 4082/2013). SSTS, Civil, Sección 1ª, 11 Feb. 2016, rec. 891/2015 (ROJ: STS 480/2016), 17 Marzo 2016, rec. 2129/2014 (ROJ: STS 1287/2016), 20 Abr. 2016, rec. 1645/2015 (ROJ: STS 1658/2016), 3 Mayo 2016, rec. 1099/2015 (ROJ: STS 1901/2016), 30 Mayo 2016, rec. 3113/2014 (ROJ: STS 2568/2016).

²¹⁰ SSTS, Civil, Sección 1ª, 11 Feb. 2011, rec. 500/2008 (ROJ: STS 505/2011), 22 Julio 2011, rec. 812/2009 (ROJ: STS 4924/2011).

²¹¹ SSTS, Civil, Sección 1ª, 29 Abr. 2013, rec. 2525/2011 (ROJ: STS 2246/2013), 25 Abr. 2014, rec. 2983/2012 (ROJ: STS 1699/2014). La STS, Civil, Sección 1ª, 12 Abr. 2016, rec. 1225/2015 (ROJ: STS 1636/2016) ha manifestado que “*la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba*

*artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013*²¹².

En un principio, el Tribunal Supremo²¹³ manifestó que todo régimen de custodia tenía sus ventajas y sus inconvenientes, debiendo primar aquel sistema que, en el caso concreto, se adaptará mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores. Y ello, sin perjuicio de que esta medida podía ser revisada cuando se demostrará que había cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias aconsejarán un tipo distinto de guarda o impidieran el que se había acordado en un momento anterior. Sin embargo, en las últimas resoluciones, el Alto Tribunal ha manifestado que ya no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida²¹⁴, tras la constante y uniforme doctrina que ha sentado.

Y en tal sentido, se ha reiterado por dicho Tribunal, la bondad objetiva²¹⁵ del sistema de guarda y custodia compartida, ya que con dicho sistema:

tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de 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 y en tanto en cuanto lo sea". SSTS, Civil, Sección 1ª, 13 Abr. 2016, rec. 1473/2015 (ROJ: STS 1638/2016) y 15 Junio 2016, rec. 1689/2015 (ROJ: STS 2877/2016).

²¹² STS, Civil, Sección 1ª, 12 Abr. 2016, rec. 1225/2015 (ROJ: STS 1636/2016) y 16 Sept. 2016, rec. 1628/2015 (ROJ: STS 4089/2016).

²¹³ STS, Civil, Sección 1ª, 22 julio 2011, rec. 813/2009 (ROJ: STS 4924/2011). SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 10 Ene. 2012, rec. 1784/2009 (LA LEY 7717/2012) y 22 Jul. 2011, rec. 813/2009 (LA LEY 119736/2011).

²¹⁴ STS, Civil, Sección 1ª, 4 Feb. 2016, rec. 3045/2014 (ROJ: STS 335/2016), 11 Feb. 2016, rec. 470/2015 (ROJ: STS 359/2016), 17 Marzo 2016, rec. 2129/2014 (ROJ: STS 1287/2016) y 27 Junio 2016, rec. 3698/2015 (ROJ: STS 3145/2016).

²¹⁵ STS, Civil, Sección 1ª, 25 Nov. 2013, rec. 2637/2012 (ROJ: STS 5710/2013), 17 Nov. 2015, rec. 1889/2014 (ROJ: STS 5218/2015), 9 Marzo 2016, rec. 791/2015 (ROJ: STS 1156/2016) y 3 Mayo 2016, rec. 1099/2015 (ROJ: STS 1901/2016).

“a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

b) Se evita el sentimiento de pérdida.

c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

*d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”.*²¹⁶

No obstante, para el Tribunal Supremo²¹⁷, la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue, reitera, es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 de la Constitución Española.

La prevalencia del interés del menor, que también reitera el Tribunal Constitucional²¹⁸, no significa que no deba, también, ponderarse el interés de sus padres, que no es desdeñable, pero sí de inferior rango. Según el Tribunal Supremo cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.

Finalmente, hemos de decir, que en sus últimas sentencias el Tribunal Supremo ha manifestado que *“el concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley*

²¹⁶ SSTS, Civil, Sección 1ª, 25 Nov. 2013, rec. 2637/2012 (ROJ: STS 5710/2013), 17 Nov. 2015, rec. 1889/2014 (ROJ: STS 5218/2015), 4 Feb. 2016, rec. 3045/2014 (ROJ: STS 335/2016) y 17 Marzo 2016, rec. 2129/2014 (ROJ: STS 1287/2016).

²¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, 27 Sep. 2011, rec. 1467/2008 (LA LEY 183864/2011).

²¹⁸ La STC nº 185/2012, 17 de octubre de 2012 (LA LEY 153054/2012) declaró que en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor.

Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (...) en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara""²¹⁹.

2.3.3. Criterios aplicables para ponderar el interés de menor²²⁰.

Como ya hemos visto, el Código Civil español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores.

Así, el Tribunal Supremo²²¹ ha manifestado que, en relación a la custodia compartida, *"el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor"*.

Del estudio del derecho comparado, el Alto Tribunal²²², ha llegado a la conclusión de que, para determinar la procedencia de una custodia compartida, se están utilizando criterios tales como, *"la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios,*

²¹⁹ STS, Civil, Sección 1ª, 19 Feb. 2016, rec. 286/2015 (ROJ: STS 524/2016).

²²⁰ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (LA LEY 192180/2009), 10 Mar. 2010, rec. 319/2008 (LA LEY 5293/2010), 11 Mar. 2010, rec. 54/2008 (LA LEY 5294/2010), 7 Jul. 2011, rec. 1221/2010 (LA LEY 111554/2011). y 9 Mar. 2012, rec. 113/2010 (LA LEY 31826/2012).

²²¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (LA LEY 192180/2009).

²²² STS, Civil, Sección 1ª, 25 Nov. 2013, rec. 2637/2012 (ROJ: STS 5710/2013).

horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven". Añadiendo que estos criterios deben atender, según ya se ha indicado, a la protección del interés del menor, interpretándose el art. 92 con esa finalidad²²³.

En sentido contrario, para el Alto Tribunal, no son criterios, que en principio, entorpezcan la concesión de la custodia compartida:

a) La posible “*deslocalización*” del menor, por entender que los cambios de domicilio son una consecuencia inherente a la guarda y custodia compartida, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos²²⁴.

b) Las relaciones entre los progenitores por sí solas no son relevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo lo serán cuando afecten perjudicialmente el interés del menor²²⁵. Recientemente ha manifestado que “*si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad*”. Añadiendo que “*lo que es indudable es que la conflictividad no está en función del régimen que se elija, pues sea uno u otro, la recogida y entrega de la menor existe, y sólo el compromiso y seriedad de los progenitores la pueden evitar. Por tanto, la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican per se que*

²²³ STS, Civil, Sección 1ª, 17 Julio 2015, rec. 1712/2014 (ROJ: STS 3214/2015).

²²⁴ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 11 Mar. 2010, rec. 54/2008 (LA LEY 5294/2010) y de 7 Jul. 2011, rec. 1221/2010 (LA LEY 111554/2011). STS, Civil, Sección 1ª, 30 Dic. 2015, rec. 183/2015 (ROJ: STS 5804/2015).

²²⁵ El STS, Sala Primera, de lo Civil, 22 Jul. 2011, rec. 813/2009 (LA LEY 119736/2011), declaró que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor. También SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 9 Mar. 2012, rec. 113/2010 (LA LEY 31826/2012) y 7 Jun. 2013, rec. 1128/2012 (LA LEY 65217/2013).

se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio”.²²⁶

c) La conflictividad de los progenitores. Al respecto, el Tribunal Supremo ha manifestado que cualquier grado de conflictividad no excluye la guarda y custodia compartida²²⁷.

Para el Tribunal Supremo la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión²²⁸, ya que éstas no impiden que se acuerde si dicho régimen de guarda beneficia a los menores.

Sin embargo, ha recordado que la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad de diálogo, para no perjudicar el interés del menor, denegándola en un supuesto en el que los progenitores se relacionaban solo por medio de SMS y a través sus letrados, manifestando que ello “*abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos*”²²⁹. En un supuesto similar, y en mismo sentido, se ha pronunciado el Alto Tribunal manifestando que la falta de diálogo entre los progenitores (que también se comunicaban con SMS) hace desaconsejable el régimen de custodia compartida dado que “*en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor*”²³⁰.

Últimamente, el Tribunal Supremo²³¹ ha manifestado que “*para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para*

²²⁶ STS, Civil, Sección 1ª, 27 Junio 2016, rec. 3698/2015 (ROJ: STS 3145/2016).

²²⁷ TS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 4 Sep. 2012, rec. 2063/2011 (LA LEY 155627/2012).

²²⁸ STS, Civil, Sección 1ª, 9 Sept. 2015, rec. 545/2015 (ROJ: STS 3707/2015).

²²⁹ STS, Civil, Sección 1ª, 9 Marzo 2016, rec. 1849/2014 (ROJ: STS 1159/2016).

²³⁰ STS, Civil, Sección 1ª, 21 Sept. 2016, rec. 3282/2015 (ROJ: STS 4099/2016).

²³¹ STS, Civil, Sección 1ª, 13 Abr. 2016, rec. 1473/2015 (ROJ: STS 1638/2016).

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

Para dicho Tribunal, la guarda compartida no consiste en “*un premio o un castigo*” al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor²³².

2.3.4. La custodia compartida como el régimen “más normal” de guarda y custodia.

La reciente jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo ha destacado que, tras la reforma producida por la Ley 15/2005, la redacción del art. 92 CC no permite concluir que el régimen de guarda y custodia compartida constituya una medida excepcional sino que debería considerarse esta medida de guarda la más normal²³³.

Se ha de partir, según el Alto Tribunal²³⁴, de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser “el normal e incluso deseable”, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Lo que se pretende “*es*

²³² SSTs, Sala Primera, de lo Civil, 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (LA LEY 192180/2009), 10 Mar. 2010, rec. 319/2008 (LA LEY 5293/2010), 11 Mar. 2010, rec. 54/2008 (LA LEY 5294/2010), 1 Oct. 2010, rec. 681/2007 (LA LEY 165754/2010), 7 Jul. 2011, rec. 1221/2010 (LA LEY 111554/2011), 3 Oct. 2011, rec. 1965/2009 (LA LEY 183862/2011), 10 Ene. 2012, rec. 1784/2009 (LA LEY 7717/2012), 9 Mar. 2012, rec. 113/2010 (LA LEY 31826/2012), 25 May. 2012, rec. 1395/2010 (LA LEY 72578/2012) y 10 Dic. 2012, rec. 2560/2011 (LA LEY 185317/2012).

²³³ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, 7 Jul. 2011, rec. 1221/2010 (LA LEY 111554/2011) y 25 May. 2012, rec. 1395/2010 (LA LEY 72578/2012).

²³⁴ STSS, Civil, Sección 1ª, 29 Abr. 2013, rec. 2525/2011 (ROJ: STS 2246/2013), 25 Abr. 2014, rec. 2983/2013 (ROJ: STS 1699/2014), 22 Oct. 2014, rec. 164/2014 (ROJ: STS 4084/2014), 16 Feb. 2015, rec. 2827/2013 (ROJ: STS 258/2015) y 30 Mayo 2016, rec. 3113/2014 (ROJ: STS 2568/2016).

aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”²³⁵.

A estos efectos, la “excepcionalidad” a que alude el art. 92.8 CC, debe ser interpretada, en palabras de la Sala, “*en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla*”²³⁶.

En sentencia de 29 de marzo de 2016²³⁷, el Tribunal Supremo se ha manifestado con rotundidad a favor de la custodia compartida, destacando que la sentencia que se impugnaba desconocía, como si no existiera, la doctrina de esa Sala y ponía en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Añadiendo que “*la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio*”.

²³⁵ STS, Civil, Sección 1ª, 2 Julio 2014, rec. 1937/2013 (ROJ: STS 2650/2014).

²³⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, 19 abr. 2012, rec. 1089/2010 (LA LEY 56724/2012), con remisión a otras resoluciones.

²³⁷ STS, Civil, Sección 1ª, 29 Marzo 2016, rec. 1159/2015 (ROJ: STS 1291/2016).

2.3.5. La petición de uno o de ambos progenitores como requisito esencial para la adopción de la custodia compartida²³⁸.

Para el meritado Tribunal²³⁹, la nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el art. 92 CC después de la reforma producida por la Ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: El primero es el contenido en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. El segundo se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite “*excepcionalmente*²⁴⁰ y *aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco*”, acordar este tipo de guarda “*a instancia de una de las partes*“, con los demás requisitos exigidos.

Se añadió, que en cualquier caso, se debía recabar informe del Ministerio Fiscal, que debía ser favorable²⁴¹ en el supuesto previsto en el apartado 8, y que se debía oír a los menores cuando tuvieran suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a “*la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia*” (art. 92.9 CC).

²³⁸ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, 28 Sep. 2009, rec. 200/2006 (LA LEY 184085/2009), 22 Jul. 2011, rec. 813/2009 (LA LEY 119736/2011), 19 abr. 2012, rec. 1089/2010 (LA LEY 56724/2012) y 29 Abr. 2013, rec. 2525/2011 (ROJ: STS 2246/2013).

²³⁹ STSS, Civil, Sección 1ª, 19 Abril 2012, rec. 1089/2010 (ROJ: STS 2905/2012) y 15 Junio 2016, rec. 1698/2015 (ROJ: STS 2877/2016).

²⁴⁰ La STS, Civil, Sección 1ª, 22 Julio 2011, rec. 813/2009 (ROJ: STS 4924/2011) interpretó la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, en relación con el párrafo cinco del propio artículo, manifestando que “*Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.*” En dicha sentencia el Alto Tribunal establece que dos son las situaciones que prevé el art 92 CC.:

“*1º Acuerdo de los padres: art. 92.5 CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el Art. 92.6 CC.*”

“*2º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 CC y ello con las garantías que se establecen en el propio Art. 92 CC para proteger dicho interés.*”

²⁴¹ La STC 185/2012, de 17 de octubre (LA LEY 153054/2012), ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil (LA LEY 1/1889), según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio (LA LEY 1125/2005), de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen.

En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse²⁴². No puede imponerse de oficio.²⁴³

Recientemente, el Tribunal Supremo²⁴⁴ va mas allá y no solo pide que la medida de guarda y custodia compartida sea solicitada al menos por uno de los progenitores sino también ha destacado la necesidad de probar y justificar la conveniencia de dicho modelo, y en tal sentido ha manifestado que la *”obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores”*²⁴⁵.

En conclusión, es necesaria la petición de alguno de los progenitores, pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal

²⁴² STS, Sala Primera, de lo Civil, 19 Abr. 2012, rec. 1089/2010 (LA LEY 56724/2012). STS, Civil, Sección 1ª, 15 Junio 2016, rec. 1698/2015 (ROJ: STS 2877/2016).

²⁴³ STC número 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (LA LEY 153054/2012).

²⁴⁴ STS, Civil, Sección 1ª, 15 Oct. 2014, rec. 2260/2013 (ROJ: STS 3900/2014) y 16 Feb. 20115, rec. 2827/2013 (ROJ: STS 258/2015).

²⁴⁵ STS, Civil, Sección 1ª, 3 Marzo 2016, rec. 523/2016 (ROJ: STS 801/2016).

régimen de custodia²⁴⁶. Por lo que somos partidarios de que el régimen de custodia compartida no puede ni debe adoptarse de oficio.

2.3.6. Los informes psicosociales.

Para el Tribunal Supremo²⁴⁷, en la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC.

En el caso de que existan los citados informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor. La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes (pues deben valorarse conforme a lo dispuesto en los arts. 348 y 752.1 de la LEC) y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor²⁴⁸.

Se ha añadido que la “*valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilado a los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial*”²⁴⁹.

Sobre la calificación de los profesionales que elaboran el informe se refiere el Tribunal Supremo²⁵⁰ señalando que “*las pruebas periciales deben ser valoradas por el juzgador de acuerdo con lo que dispone el art. 348. En esta misma línea se pronuncia*

²⁴⁶ SSTS, Civil, Sección 1ª, 9 Marzo 2016, rec. 1849/2014 (ROJ: STS 1159/2016) y 15 Junio 2016, rec. 1698/2015 (ROJ: STS 2877/2016).

²⁴⁷ SSTS, Civil, Sección 1ª, 28 Sept. 2009, rec. 200/2006 (ROJ: STS 5707/2009), 7 Abr. 2011, rec. 1580/2008 (ROJ: STS 2005/2011) y 21 Julio 2011, rec. 338/2009 (ROJ: STS 4925/2011).

²⁴⁸ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 7 Abr. 2011, rec. 1580/2008 (LA LEY 14425/2011), 21 Jul. 2011, rec. 338/2009 (LA LEY 119737/2011), 5 Oct. 2011, rec. 185/2009 (LA LEY 186210/2011) y 19 Feb. 2016, rec. 286/2015 (ROJ: STS 524/2016).

²⁴⁹ STS, Civil, Sección 1ª, 25 Sept. 2015, rec. 1537/2014 (ROJ: STS 3890/2015).

²⁵⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 Oct. 2011, rec. 185/2009 (LA LEY 186210/2011).

el art. 92.9 CC, al exigir al juez que recabe dictamen de "especialistas debidamente cualificados", no necesariamente licenciados en psicología, en relación al modo de ejercicio de la patria potestad y el régimen de custodia de los hijos menores. Además, el art. 752.1 LEC establece un sistema de prueba abierto en los procedimientos que se refieran a menores. En cualquier caso, se aplicará el criterio del art. 348 LEC, porque el juez no está nunca vinculado por un dictamen de peritos, aunque pueden ayudarle a tomar la decisión más conveniente".

Se ha manifestado por el Alto Tribunal²⁵¹ que las conclusiones del informe sicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, por el Tribunal, como sucede con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, destacando que no es ajeno a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos.

2.3.7. La violencia de género.

Es doctrina del Tribunal Supremo²⁵², como hemos visto, 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 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.

Como hemos visto, el art. 92.7 CC establece los supuestos en los que no procede otorgar el régimen de custodia compartida.

²⁵¹ SSTS, Civil, Sección 1ª, 18 Nov. 2011, rec. 1728/2009 (ROJ: STS 8348/2011) y 9 Sept. 2015, rec. 545/2015 (ROJ: STS 3707/2015).

²⁵² SSTS, Civil, Sección 1ª, 30 Oct. 2014, rec. 1359/2013 (ROJ: STS 4342/2014), 16 Feb. 2015, rec. 890/2014 (ROJ: STS 615/2015), 21 Oct. 2015, rec. 1768/2014 (ROJ: STS 4442/2015), 4 Feb. 2016, rec. 3016/2014 (ROJ: STS 188/2016), 11 Feb. 2016, rec. 326/2015 (ROJ: STS 437/2016) y 13 Mayo 2016, rec. 2556/2015 (ROJ: STS 2129/2016).

El Tribunal Supremo²⁵³, ha dejado sin efecto la custodia compartida, en un supuesto de violencia contra la mujer, manifestado que una *“cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos”*.

En otras ocasiones, dicho Tribunal²⁵⁴, a pesar de que el delito por el que fue condenado uno de los progenitores no estaba incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del art. 92 CC, ha entendido que sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, estima que la ley declara que no procede la guarda conjunta.

Por su parte el Alto Tribunal²⁵⁵ ha denegado la custodia compartida en atención a las actitudes del padre y ha manifestado que ejerciendo éste *“una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”*.

Finalmente, a modo de conclusión, debemos destacar que a pesar de que el Tribunal Supremo, en los últimos tiempos, parte de la bondad objetiva de la guarda y custodia compartida y que considera éste régimen como el normal e incluso deseable en los supuestos de crisis matrimonial, el superior interés de los menores es el principio

²⁵³ STS, Civil, Sección 1ª, 4 Feb. 2016, rec. 3016/2014 (ROJ: STS 188/2016).

²⁵⁴ STS, Civil, Sección 1ª, 7 Abr. 2011, rec. 1580/2008 (ROJ: STS 2005/2011).

²⁵⁵ STS, Civil, Sección 1ª, 26 Mayo 2016, rec. 2410/2015 (ROJ: STS 2304/2016).

que debe presidir y regir cualquier medida que afecte a los mismos. Y ello porque para el Alto Tribunal, aun tomando como punto de partida las anteriores consideraciones, ha manifestado, como no podría ser de otro modo, que habrá de “*dilucidar en cada caso concreto si prima en la decisión que se adopta el interés del menor*”²⁵⁶.

2.4.- ARTICULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA POR LOS TRIBUNALES.

2.4.1. Introducción.

El legislador no se ha referido ni al tiempo ni al modo en que ha de verificarse la convivencia del hijo con cada uno de sus progenitores, en el caso del régimen de guarda y custodia compartida.

Para CAMPUZANO TOME²⁵⁷ no sería correcto que el Código Civil estableciera unos baremos para distribuir el tiempo de convivencia, ni determinar en todo caso donde residirá el hijo, ni si serán los progenitores quienes se cambien de domicilio, ni cómo distribuir los gastos, ni siquiera sería posible determinar legalmente a cuál de los progenitores le correspondería la vivienda familiar.

La guarda y custodia compartida de los hijos puede verificarse a través de diversos modelos de convivencia, como son la alternancia predeterminada del hijo en los domicilios de cada progenitor, o la rotación de los padres en la vivienda asignada a los hijos, alternancia y rotación que, a su vez, pueden llevarse a cabo mediante una distribución del tiempo de convivencia por cursos escolares, meses, quincenas, semanas e incluso días.

Así, una vez determinado que se adoptará el régimen de guarda y custodia compartida de los hijos, habrá que establecer la modalidad que resulte apropiada para su

²⁵⁶ SSTS, Civil, Sección 1ª, 09 Marzo 2016, rec. 1671/2015 (ROJ: STS 1157/2016), 17 Marzo 2016, rec. 2129/2014 (ROJ: STS 1287/2016) y 30 Mayo 2016, rec. 3113/2014 (ROJ: STS 2568/2016).

²⁵⁷ Cfr. CAMPUZANO TOME, H. “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales” en Publicación Aranzadi Civil nº 22/2004. Edit. Aranzadi S.A. Pamplona 2005, p.4

ejercicio, atendiendo a diferentes criterios, como pueden ser el horario laboral de los progenitores, la distancia geográfica de los domicilios, los recursos económicos...

No obstante lo anterior, dentro de este epígrafe atenderemos a dos criterios, fundamentalmente, para fijar las diferentes modalidades de ejercicio de la custodia compartida: El lugar y el tiempo.

2.4.2. Según el lugar.

La figura de la custodia compartida, ya sea en la dimensión de mantener en el mismo domicilio a los hijos y alternarse los padres en su custodia, o en la modalidad de establecer dos domicilios, si la capacidad económica de la familia lo permite, y alternarse los hijos en cada uno de los domicilios un tiempo bajo la custodia del padre y otro bajo la custodia de la madre, sólo se fundamenta en el beneficio del menor, y ello en atención a su edad, a sus circunstancias escolares, a su más fluida relación con padres y abuelos, y en definitiva a su estabilidad personal, afectiva y familiar, y siempre con la consideración de no separar a los hermanos en la medida de lo posible.

2.4.2.1. *En el domicilio de cada progenitor*²⁵⁸.

En este caso, son los hijos los que se trasladan a la casa de cada progenitor en los momentos en que les corresponde quedar bajo su cuidado. Al principio, como veremos en el último capítulo, se argumentó en contra de este sistema, considerando que el mismo provocaba inestabilidad en lo menores, acuñándose el término de “los niños maleta”, ya que el menor debe ir trasladándose de una residencia a otra.

²⁵⁸ SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 28 Nov. 2006, rec. 519/2006 (LA LEY 203544/2006). SAP Girona, Sección 2ª, 13 Oct. 2009, rec. 413/2009 (LA LEY 271716/2009). SAP Sevilla, Sección 2ª, 14 Oct. 2010, rec. 7880/2009 (LA LEY 277924/2010). SAP Barcelona, Sección 18ª, 2 Nov. 2010, rec. 274/2009 (LA LEY 281732/2010). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 4 Feb. 2014, rec. 189/2013 (ROJ: SAP MA 1279/2014). SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 22 Abr. 2014, rec. 64/2014 (ROJ: SAP VI 173/2014). SAP Sevilla, Civil, Sección 2ª, 13 Marzo 2015, rec. 1723/2014 (ROJ: SAP SE 707/2015). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 18 Feb. 2016, rec. 420/2015 (ROJ: SAP IB 307/2016). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 20 Mayo 2016, rec. 481/2016 (ROJ: SAP M 6733/2016).

No obstante, consideramos esta modalidad la menos perjudicial en confrontación con la de alternancia de los progenitores en el domicilio familiar. Y ello porque con este sistema, aunque al principio podría causar inseguridad en los hijos, finalmente favorece que el hijo sienta que tiene un hogar con cada uno de sus progenitores y que estos participan en cada una de las facetas de su vida.

2.4.2.2. En el domicilio que fue la vivienda familiar²⁵⁹.

Algunas resoluciones judiciales han concedido el régimen de guarda y custodia compartida con alternancia en el uso de la vivienda familiar por ambos progenitores (llamada “casa nido”), considerando que, de lo contrario, se produciría una distorsión sustancial en la rutina cotidiana de las menores. Con ello se ha querido evitar el citado síndrome del “niño maleta”.

Los Tribunales partidarios de esta modalidad de custodia compartida, han manifestado que la postura del legislador es la de dar preeminencia a los hijos a la hora de decidir sobre el uso de la vivienda familiar, ya que sus intereses son los más necesitados de protección, y en consecuencia, consideran, que es acertado que atraigan hacia sí al cónyuge que convive y cuida de ellos, pues de ese modo se consigue una cierta continuidad en la cohesión familiar, remediando, en la medida de lo posible, el quebranto de la convivencia familiar. Entienden, que el uso de la vivienda familiar debe quedar para los hijos y se aprovechará de ello cada progenitor durante los tiempos en los que les corresponda su cuidado, evitándose así que la prole inicie tras la separación de sus padres, una peregrinación domiciliaria.

Este sistema presenta como ventaja que los hijos no cambian de entorno y con ello se puede cumplir la finalidad de dar continuidad a lo que ha venido siendo la vida

²⁵⁹ La SAP Madrid, Sección 24ª, 3 Mar. 2010, rec. 1159/2009 (LA LEY 46314/2010). SAP Tarragona, Sección 1ª, 27 Oct. 2010, rec. 215/2010 (LA LEY 278296/2010). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 19 Jun. 2012, rec. 18/2012 (LA LEY 94251/2012). La SAP Asturias, Sección 1ª, 3 Jun. 2013, rec. 494/2012 (LA LEY 86535/2013). SAP Madrid, Sección 22ª, 17 Nov. 2011, rec. 1010/2010 (LA LEY 240306/2011). La SAP Barcelona, Sección 12ª, 14 Sep. 2012, rec. 1022/2011 (LA LEY 149816/2012), atribuyó el uso del domicilio familiar a las hijas, alternándose sus progenitores en su uso conforme al régimen de custodia compartida de alternancia semanal, por un plazo determinado, al tratarse de una vivienda de la titularidad exclusiva del esposo. La SAP Baleares, Civil, Sección 4ª. 11 Junio 2014, rec. 13/2014 (ROJ: SAP IB 1227/2014) atribuyó el uso y disfrute de la vivienda familiar a los menores siendo los progenitores quienes ocupaban la vivienda alternándose por anualidades.

familiar antes de la ruptura. De esta forma los hijos no padecen el trauma de tener que ser ellos los que se desplacen periódicamente del domicilio de un progenitor al del otro. Sin embargo, hemos de manifestar nuestra disconformidad con dicho régimen de custodia compartida. Pues su realidad practica, a nuestro parecer, es poco viable y ello por dos motivos fundamentales:

1.- Porque implica que la familia necesita tres domicilios, uno para cada progenitor y el tercero el de los hijos. Es decir, esta modalidad requiere que ambos progenitores tengan una capacidad económica holgada y similar; y, además, que ambos posean acceso a otra vivienda. Circunstancias que difícilmente se darán en la mayoría de las familias y mucho menos en la situación de crisis económica que vive nuestro país.

2.- Porque puede constituirse en una fuente de conflictos entre los progenitores. Piénsese que los progenitores se ven obligados a coordinarse, no solo, en lo que atañe a sus hijos sino también respecto de aspectos cotidianos de la llevanza de una casa, en los que la disparidad de criterios y el roce continuo puede crear conflictos donde inicialmente no los había.

Es más, pensamos que esta modalidad resultaría inviable, para el caso de que los progenitores tuvieran una nueva pareja e hijos con ella.

De acuerdo con este criterio se han pronunciado algunas Audiencias Provinciales²⁶⁰, manifestando que el uso alternativo de la vivienda familiar como

²⁶⁰ Para la SAP Barcelona, Sección 18ª, 21 Feb. 2008, rec. 518/2007 (LA LEY 27936/2008), la asignación del uso de la vivienda a los hijos y que sean los padres los que alternativamente se trasladen a la misma cuando les corresponda la guarda de los mismos, constituye una fuente inagotable de conflictos y sólo le parece viable en momentos muy determinados, como pueden ser los inmediatos a la separación y siempre de forma temporal. SAP Madrid, Sección 22ª, 27 Oct. 2009, rec. 582/2009 (LA LEY 258935/2009). SAP Valencia, Sección 10ª, 21 Feb. 2011, rec. 1225/2010 (LA LEY 3401/2011). La SAP Castellón, Sección 2ª, 25 May. 2011, rec. 139/2010 (LA LEY 148449/2011) resolvió desestimar la rotación de los progenitores en el uso de la vivienda familiar, asociado a los turnos en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, por la fuente de conflictos que ello podría suponer. SAP Valencia, Sección 10ª, 2 Jul. 2012, rec. 124/2012 (LA LEY 137307/2012). SSAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 4 Mayo 2015, rec. 292/2014 (ROJ: SAP B 4829/2015) y Sección 12ª, 13 Abr. 2016, rec. 1222/2015 (ROJ: SAP B 3305/2016).

consecuencia de la custodia compartida, además de los problemas de índole práctico²⁶¹ que pueden surgir, puede constituirse en una fuente de conflictos entre los progenitores. Es más, se ha añadido que dicha medida si bien inicialmente puede ser conveniente para que los menores se acostumbren a la nueva situación familiar, a largo plazo es inviable, ya que obliga a los progenitores a tener además de la vivienda familiar una cada uno de ellos, tres casas, y les condiciona su vida personal y familiar, todo ello dificulta enormemente la relación familiar y condiciona su viabilidad²⁶².

Creemos que únicamente debería optarse por este sistema en los casos en que las circunstancias económicas lo imponen y desde luego, de forma provisional o transitoria mientras se busca otra solución al problema.

Sin embargo, en ocasiones, se ha optado por esta opción en atención al bienestar del niño²⁶³.

2.4.3. Según el tiempo.

No existe un modelo general de custodia alternada que obligue a repartir la convivencia de los hijos con cada uno de sus progenitores en periodos iguales.

²⁶¹ STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 3 Marzo 2010, rec. 152/2008 (ROJ: STSJ CAT 3128/2010). SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 1 Oct. 2013, rec. 1004/2012 (ROJ: SAP B 11516/2013). Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 16 Feb. 2016, rec. 742/2014 (ROJ: SAP B 2577/2016) el “*el sistema de "casa nido" se exige un alto nivel organizativo compartido en el ámbito de la intendencia doméstica. Esta esfera de consenso entre ambos presupone la capacidad de gestionar en común las múltiples necesidades del hogar puesto que se han de alcanzar acuerdos constantes respecto a las previsiones de suministros relativos a la alimentación, a la organización de la ropa, al mantenimiento de los electrodomésticos e incluso a los hábitos higiénicos de las personas, lo que implica un nivel de tolerancia recíproca en el desarrollo de las nuevas relaciones de pareja de quienes fueron cónyuges, y el que éstas se puedan adaptar a la vida trashumante que implica que cada semana se ha de producir la alternancia, compartiendo dormitorios, armarios, productos de limpieza, y un sin fin de elementos materiales de los que las personas suelen utilizar en su vida ordinaria*”.

²⁶² SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 6 Nov. 2014, rec. 268/2014 (ROJ: SAP M 17171/2014).

²⁶³ Las SSAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 28 Abr. 2016, rec. 581/2015 (ROJ: SAP IB 744/2016) y 23 Junio 2016, rec. 194/2016 (ROJ: SAP IB 1186/2016), tras reconocer la problemática que conlleva la denominada “casa nido”, por cuanto supone un esfuerzo de coordinación entre los litigantes y una mayor capacidad de acordar, mantuvo la custodia compartida por ser el mejor sistema en ese caso concreto.

Sin embargo, observamos como mayoritariamente la jurisprudencia ha optado por repartir los periodos de convivencia, en periodos iguales, ya sea por días, por semanas, por meses e incluso años.

No estamos de acuerdo. Creemos, que los hijos no necesariamente necesitan un contacto igualitario con sus padres pues en la vida real muchas veces los hijos ven escasamente a alguno de sus padres o a los dos por razones laborales, encargándose de ellos los abuelos o canguros, y no por ello no mantienen un alto grado de interacción con sus padres. Los hijos, necesitan que los padres se interesen por ellos, que los acompañen al médico, que les ayuden a realizar los deberes, que los lleven a las actividades extraescolares, que estén en sus cumpleaños y fiestas.... Si los padres se preocupan de dichas cuestiones, el mayor o menor tiempo en la guarda, o si existe o no pernocta, o si la guarda dura hasta el domingo por la noche o hasta el lunes por la mañana, etc., creemos que puede, muchas veces, resultar irrelevante o incluso contraproducente, pues los niños dependiendo de la edad necesitan generalmente el mismo entorno espacial y el cumplimiento de determinados hábitos.

Por ello, consideramos que la alternativa consistente en el reparto igualitario de tiempos, utilizada mayoritariamente por la jurisprudencia, no debería convertirse en una regla general, sino en una posibilidad más de todas las que podrían establecerse y consecuentemente, debe buscarse siempre cual es la solución más adecuada a los intereses de los hijos en atención a todas las circunstancias de cada caso.

En este sentido, recientemente la jurisprudencia menor²⁶⁴, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo²⁶⁵, ha manifestado que los sistemas de guarda compartida adoptan métodos diferentes en su aplicación, determinados en función del interés del menor, ya que *“no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores”*. Lo más importante en esta

²⁶⁴ SSAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 7 Mayo 2014, rec. 1477/2012 (ROJ: SAP MA 1615/2014), 28 Enero 2015, rec. 1044/2014 (ROJ: SAP MA 367/2015). SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 5 Feb. 2015, rec. 349/2014 (ROJ: SAP BU 133/2015). SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 6 Abr. 2015, rec. 784/2014 (ROJ: SAP GC 1836/2015). SAP Palencia, Civil, Sección 1ª, 20 Oct. 2015, rec. 212/2015 (ROJ: SAP P 286/2015).

²⁶⁵ STS, Civil, Sección 1ª, 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (ROJ: STS 5969/2009).

modalidad de custodia sería una distribución lo más igualitaria posible, pero no se trata de que las cifras coincidan exactamente, sino de procurar que el menor mantenga una relación habitual, periódica y estable con ambos progenitores²⁶⁶. Añadiendo, que en este sentido, deberían ser los padres quienes determinaran que régimen conviene a sus hijos y que mejor se responde con la organización posterior a la crisis convivencial.

Estamos de acuerdo, en que hablar de guarda alternada no quiere decir que, obligatoriamente, el menor deba estar una semana con cada progenitor, haciéndose cargo cada uno de ellos de sus necesidades durante el periodo de estancia²⁶⁷. Pues tal solución, además de simplista, no soluciona adecuadamente la situación provocada tras la crisis familiar, pues, como hemos manifestado, no tiene porque ser la solución correcta en cuanto a las estancias de los hijos²⁶⁸.

Hemos de concluir afirmando que, si bien la custodia compartida no tiene necesariamente que conllevar un reparto igualitario del tiempo de convivencia²⁶⁹, sin embargo, si es conveniente que el reparto de tiempo se haga, en un principio, atendiendo a “*principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores*”²⁷⁰.

²⁶⁶ SSAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 24 Feb. 2016, rec.694/2015 (ROJ: SAP A 319/2016) y 18 Marzo 2016, rec. 687/2015 (ROJ: SAP A 1045/2016).

²⁶⁷ SSAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 3 Oct. 2013, rec. 447/2013 (ROJ: SAP GI 861/2013), 23 Sept. 2014, rec. 262/2014 (ROJ: SAP GI 1081/2014), 21 Julio 2015, rec. 275/2015 (ROJ: SAP GI 855/2015).

²⁶⁸ Para la SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 18 Junio 2014, rec.652/2013 (ROJ: SAP GI 596/2014), tampoco resuelve adecuadamente todas las necesidades económicas que puedan precisar los hijos ya que es necesario determinar “*la conveniencia o no de establecer una pensión a cargo de uno en favor del otro, siendo éste el que se encargue de las compras necesarias y habituales del hijo (vestido, medicación, etc.), o la forma de contribuir por ejemplo a gastos del colegio, de actividades extraescolares, etc., cuya solución podría pasar por la apertura de una cuenta bancaria conjunta, a la cual aportarían ambos progenitores una cantidad mensual en proporción a sus recursos y con la cual se irían pagando todas las referidas necesidades de los hijos, cuya administración podría ser conjunta o atribuida a uno con rendimiento de cuentas al otro. O también podría consistir en la contribución de uno respecto de determinados gastos y el otro respecto del resto*”.

²⁶⁹ SAP Rioja, Civil, Sección 1ª, 18 Enero 2013, rec. 516/2012 (ROJ: SAP LO 27/2013). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 2 Oct. 2013, rec. 676/2013 (ROJ: SAP B 11175/2013). SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 8 Feb. 2016, rec. 1091/2015 (ROJ: SAP CO 17/2016).

²⁷⁰ SSTS, Civil, Sección 1ª, 17 Dic. 2013, rec. 2645/2012 (ROJ: STS 5966/2013), 22 Oct. 2014, rec. 164/2014 (ROJ: STS 4084/2014), 16 Feb. 2015, rec. 890/2014 (ROJ: STS 615/2015), 15 Julio 2015, rec. 503/2014 (ROJ: STS 3207/2015), 21 Oct. 2015, rec. 1768/2015 (ROJ: STS 4442/2015), 13 Abr. 2016, rec. 1473/2015 (ROJ: STS 1638/2016) y 3 Junio 2016, rec. 2534/2015 (ROJ: STS 2617/2016).

2.4.3.1. Por días de la semana²⁷¹.

Hablar de guarda y custodia alternada no siempre significa que los menores deban estar una semana con el padre y la otra semana con la madre, haciéndose cargo cada progenitor de sus necesidades durante el periodo de estancia.

Un sector de la jurisprudencia menor ha manifestado que dicha solución, además de simplista, no soluciona adecuadamente la situación provocada por la ruptura de la convivencia de los progenitores, pues ni tiene porque ser la solución correcta en cuanto a las estancias de los hijos, ni resuelve adecuadamente todas las necesidades económicas que puedan precisar los hijos.

Por ello, se han dictado resoluciones judiciales que han entendido que es perfectamente posible una guarda y custodia compartida, consistente en fines de semanas alternos y distribución del resto de días de la semana entre ambos padres.

Así, citamos, a título de ejemplo, la Sentencia de 9 de mayo de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén²⁷², que concedió la guarda y custodia compartida, estableciendo que los hijos debían permanecer con la madre los lunes, martes y miércoles desde las 16.00 p. m. hasta las 22.00 p. m.; y los jueves a partir de las 16.00 p. m. hasta las 12.00 a. m. del domingo, debiendo permanecer el resto del tiempo con el padre.

Conforme con esta distribución de la custodia, dicha Audiencia, consideró que los menores mantenían contactos asiduos con su padre y con su madre, lo que repercutiría en un mejor desarrollo afectivo y familiar.

²⁷¹ La SAP Valencia, Sección 6ª, 9 Mar. 2000, rec. 848/1999 (LA LEY 55831/2000), acordó el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, en virtud del cual el hijo convivirá con la madre lunes, martes, miércoles y jueves hasta el mediodía, permaneciendo con el padre el resto de la semana hasta el domingo. SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 17 Jun. 2003, rec. 190/2003 (LA LEY 107137/2003). SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 29 Dic. 2006, rec. 431/2006 (LA LEY 219191/2006). La SAP Sevilla, Sección 2ª, 18 Abr. 2011, rec. 7806/2010 (LA LEY 193432/2011) concedió la custodia compartida cada 2 días (lunes y martes con la madre, miércoles y jueves con el padre, fines de semana alternos y vacaciones por mitad). SAP Girona, Sección 1ª, 16 Feb. 2011, rec. 631/2010 (LA LEY 24181/2011).

²⁷² SAP Jaén, Sección 1ª, 9 May. 2005, rec. 135/2005 (LA LEY 103447/2005).

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona²⁷³, en Sentencia de 20 de febrero de 2007, resolvió que la custodia compartida que se concedía no se realizaría por semanas alternas, sino por días de la semana partiendo la misma (lunes y martes con la madre, y miércoles y jueves con el padre, más un fin de semana alterno desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada), ya que así, manifestaba “*se asegura una regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas*”.

No estamos de acuerdo, con carácter general, con dicha postura jurisprudencial, pues consideramos que la distribución de la custodia alternada por días provocará en los menores un trasiego diario y una desorientación que difícilmente les beneficiará.

2.4.3.2. Por semanas alternas²⁷⁴.

En un principio, cuando los menores eran muy pequeños un sector de la jurisprudencia optó por conceder la custodia compartida por semanas alternas, porque entendían que no era conveniente que las relaciones con los padres se distanciaran demasiado en el tiempo.

Otras resoluciones²⁷⁵ optaron por el establecimiento por semanas y no por días porque entendieron que el régimen por días alternos no favorecía la adaptación de los

²⁷³ SAP Barcelona, Sección 18ª, 20 Feb. 2007, rec. 1002/2005 (LA LEY 1474/2007).

²⁷⁴ SAP Valencia, Sección 6ª, 1 Jun. 2000, rec. 779/1999 (LA LEY 113600/2000). La SAP Girona, Sección 2ª, 13 Oct. 2009, rec. 413/2009 (LA LEY 271716/2009) fijó un régimen de custodia compartida por semanas. La SAP Valencia, Sección 10ª, 21 Feb. 2011, rec. 1225/2010 (LA LEY 3401/2011) acordó la custodia compartida por períodos alternos de dos semanas. SAP Barcelona, Sección 18ª, 2 Jun. 2011, rec. 596/2010 (LA LEY 130671/2011). SAP Sevilla, Sección 2ª, 30 Jun. 2011, rec. 7650/2010 (LA LEY 205425/2011). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 6 Sep. 2011, rec. 3/2011 (LA LEY 170820/2011). SAP Madrid, Sección 22ª, 17 Nov. 2011, rec. 1010/2010 (LA LEY 240306/2011). SAP Alicante, Sección 6ª, 16 Ene. 2012, rec. 642/2011 (LA LEY 81070/2012). SAP Barcelona, Sección 18ª, 10 Abr. 2012, rec. 275/2011 (LA LEY 68982/2012). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 19 Jun. 2012, rec. 18/2012 (LA LEY 94251/2012). SAP Barcelona, Sección 12ª, 5 Mar. 2013, rec. 1245/2011 (LA LEY 20510/2013). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 4 Jun. 2013, rec. 166/2013 (LA LEY 88435/2013). SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 23 Abr. 2015, rec. 344/2014 (ROJ: SAP CA 298/2015).

²⁷⁵ SAP Lleida, Sección 2ª, Sentencia de 10 Mar. 2011, rec. 208/2010 (LA LEY 49000/2011). SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, 27 Sep. 2006, rec. 495/2005 (LA LEY 153634/2006). La SAP Granada, Sección 5ª, 27 Abr. 2012, rec. 778/2011 (LA LEY 98535/2012), fijó el sistema de custodia compartida por semanas alternas por considerarlo más beneficioso para los menores.

menores, sobre todo si eran de corta edad, sino que los alteraba produciéndoles desorientación y confusión.

La Sentencia de 2 de Noviembre de 2010, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona²⁷⁶, mantuvo el régimen de custodia compartida con reparto semanal alterno, por entender que era lo más favorable para el interés del menor una presencia equitativa de ambas figuras parentales, si bien impuso la condición de seguimiento de la situación del menor y de las aptitudes de los progenitores, fijando una visita o estancia semanal con el progenitor con el que no convivía cada semana el menor, pero sin pernocta pues entendía que con ello evita una separación o ausencia de contacto del menor con el progenitor con el que no convive, durante toda la semana, resultando más favorable y satisfactorio para el niño una relación más frecuente y no tan espaciada en el tiempo con ambos progenitores.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Zaragoza²⁷⁷, en Sentencia de 25 de Abril de 2012, concedió la custodia compartida por semanas alternas de los hijos del matrimonio, con base en el interés prioritario de los menores, que mantenían buenas relaciones con ambos progenitores, si bien reduciendo la visita intersemanal al no custodio a una tarde a la semana.

Actualmente, como ya hemos dicho, el reparto del tiempo se hará atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. Sin embargo, a falta de acuerdo, la mayoría de los Tribunales optan por un reparto del tiempo de custodia semanal²⁷⁸.

²⁷⁶ SAP Barcelona, Sección 18ª, 2 Nov. 2010, rec. 274/2009 (LA LEY 281732/2010).

²⁷⁷ SAP Zaragoza, Sección 2ª, 25 Abr. 2012, rec. 614/2011 (LA LEY 53063/2012).

²⁷⁸ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 13 Feb. 2014, rec. 907/2013 (ROJ: SAP V 964/2014). SAP Pontevedra, Civil, Sección 1ª, 24 Julio 2014, rec. 588/2013 (ROJ: SAP PO 1718/2014). SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 6 Feb. 2015, rec. 8/2015 (ROJ: SAP CO 52/2015). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 6 Feb. 2015, rec. 548/2013 (ROJ: SAP MA 1275/2015). SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 16 Feb. 2015, rec. 215/2013 (ROJ: SAP CA 110/2015). SAP Almería, Civil, Sección 1ª, 10 Abr. 2015, rec. 982/2014 (ROJ: SAP AL 340/2015). SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 11 Mayo 2015, rec. 133/2015 (ROJ: SAP SA 223/2015). SAP Toledo, Civil, Sección 2ª, 5 Junio 2015, rec. 539/2015 (ROJ: SAP TO 558/2015). SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 28 enero 2016, rec. 443/2015 (ROJ: SAP VI 1/2016). SAP Pontevedra, Civil, Sección 1ª, 20 Enero 2016, rec. 505/2015 (ROJ: SAP PO 155/2016). SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 16 feb. 2016, rec. 646/2015 (ROJ: SAP SA 54/2016).

2.4.3.3. Por meses.

Para algunas Audiencias Provinciales, en la concesión del régimen de guarda y custodia alternada debe establecerse un periodo de convivencia mensual, porque, entienden, que esta modalidad evita o reduce la inestabilidad de las menores y facilita la sensación de permanencia en un mismo lugar, al tiempo que permite el contacto más continuado en orden a promover la adquisición de hábitos y costumbres.

Dentro del reparto del periodo de convivencia se ha distinguido entre una alternancia mensual, bimensual, trimestral y semestral, aunque, como ya hemos indicado, en atención a las circunstancias concurrentes, se admiten diversidad de modalidades:

a) Alternancia mensual²⁷⁹

Algunas resoluciones judiciales han mantenido que la necesidad de procurar la estabilidad emocional y psicológica y el desarrollo integral y equilibrado de los hijos comunes, aconsejan el mantenimiento del sistema de custodia compartida por meses alternos.

Conforme con la Audiencia Provincial de Zaragoza²⁸⁰, en Sentencia de 16 de Abril de 2013, la custodia compartida por periodos mensuales alternos, permite un contacto más asiduo y equitativo con ambos progenitores.

²⁷⁹ La SAP Valencia, Sección 6ª, 30 Jul. 1999, rec. 215/1999 (LA LEY 118007/1999) resolvió atribuir la guarda y custodia, alternativamente, al padre los meses pares y a la madre los meses impares. En el mismo sentido ya se había pronunciado la SAP Valencia, Sección 6ª, Sentencia de 1 Jun. 1999, rec. 833/1997 (LA LEY 88744/1999). SAP Valencia, Sección 10ª, 22 Jul. 2005, rec. 531/2005 (LA LEY 163697/2005). SAP Asturias, Sección 4ª, 17 Abr. 2009, rec. 171/2009 (LA LEY 55196/2009). SAP Sevilla, Sección 2ª, 7 Sep. 2010, rec. 3976/2010 (LA LEY 270200/2010). Conforme con la SAP Tarragona, Sección 1ª, 27 Oct. 2010, rec. 215/2010 (LA LEY 278296/2010), lo mejor para la estabilidad y confort de los hijos, es la atribución de un régimen de guarda y custodia en el que los hijos convivan con su padre y su madre en meses alternos. SAP Tarragona, Sección 1ª, 25 Sep. 2011, rec. 275/2011 (LA LEY 222825/2011). SAP Madrid, Sección 22ª, 10 May. 2013, rec. 951/2012 (LA LEY 81067/2013). SAP Cantabria, Civil, Sección 2ª, 12 Feb. 2014, rec. 506/2013 (ROJ: SAP S 638/2014). SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 16 Oct. 2015, rec. 115/2015 (ROJ: SAP GC 2412/2015).

²⁸⁰ SAP Zaragoza, Sección 2ª, 16 Abr. 2013, rec. 71/2013 (LA LEY 60277/2013).

b) Alternancia bimensual²⁸¹

Se ha argumentado, por alguna Audiencia Provincial, que el ejercicio de la custodia compartida, cada dos meses, permite la acomodación de los hijos a cada domicilio y la adquisición de sensación de hogar.

c) Alternancia trimestral²⁸²

La Audiencia Provincial de Barcelona²⁸³, en Sentencia de 7 de Febrero de 2012, modificó la custodia compartida concedida por entender que el periodo de seis meses que se estableció era un periodo excesivamente largo que desvirtuaba la propia esencia de la guarda compartida debiendo fijarse un periodo más corto de tiempo que permitiera una coparticipación mayor de ambos progenitores en el cuidado y educación del menor a la vez que no distorsionara o perturbara la organización cotidiana del mismo. Se considera más adecuado establecer un sistema de guarda alterno cada tres meses.

d) Alternancia semestral²⁸⁴.

La Audiencia Provincial de Sevilla²⁸⁵, en Sentencia de 14 de Octubre de 2010, confirmó el sistema de custodia compartida por períodos alternos de seis meses establecido en la instancia. Manifestando la idoneidad del mismo atendiendo al inicial acuerdo de los progenitores, al informe psicológico aportado (recomienda la custodia compartida revisando el estado emocional de los menores cada seis meses y que ambos

²⁸¹ La SAP Sevilla, Sección 2ª, 22 Jul. 2011, rec. 4282/2010LA (LEY 165424/2011), confirmó el sistema de custodia compartida bimensual fijado en la instancia. SAP Castellón, Sección 2ª, 25 May. 2011, rec. 139/2010 (LA LEY 148449/2011).

²⁸² SAP Madrid, Sección 22ª, 25 Oct. 2002, rec. 1067/1998 (LA LEY 177477/2002). SAP Zaragoza, Sección 5ª, 22 Sep. 2005, rec. 195/2005 (LA LEY 183311/2005). SAP Madrid, Sección 24ª, 22 Sep. 2010, rec. 339/2010 (LA LEY 234976/2010). SAP Coruña, Civil, Sección 3ª, 23 Julio 2013, rec. 187/2013 (ROJ: SAP C 2037/2013). SAP Cantabria, Civil, Sección 2ª, 3 Junio 2014, rec. 94/2014 (ROJ: SAP S 338/2014).

²⁸³ SAP Barcelona, Sección 18ª, 7 Feb. 2012, rec. 456/2011 (LA LEY 39478/2012).

²⁸⁴ SAP Pontevedra, Civil, Sección 1ª, 6 Junio 2016, rec. 199/2016 (ROJ: SAP PO 1129/2016).

²⁸⁵ La SAP Sevilla, Sección 2ª, 14 Oct. 2010, rec. 7880/2009 (LA LEY 277924/2010).

padres lleven el mismo protocolo de actuaciones), al informe favorable del Ministerio Fiscal y, fundamentalmente, a lo manifestado por los niños (de 13 y 15 años).

*2.4.3.4. Por años o periodos escolares*²⁸⁶.

La SAP de Córdoba²⁸⁷, de 24 de abril de 2006, confirmó el ejercicio compartido de la guarda y custodia por periodos escolares de septiembre a agosto de cada año.

La Audiencia Provincial de Cáceres²⁸⁸, en Sentencia de 11 de abril de 2007, consideró que el régimen propuesto, consistente en que durante el curso escolar la hija permaneciera con la madre y régimen de visitas del padre, y durante el periodo de vacaciones, con el padre y régimen de visitas a favor de la madre, era incompatible con el régimen de custodia compartida y el interés de la menor.

Y en la misma línea se pronunció la Audiencia Provincial de Zaragoza²⁸⁹, en Sentencia de 14 de Junio de 2011, que revocó el sistema de custodia compartida decretado en la instancia por años alternos, porque consideró que, la custodia individual era más beneficiosa para las menores que la compartida.

En definitiva, podemos concluir, este epígrafe, destacando que la custodia compartida es una figura jurídica indeterminada y flexible, que puede y debe revestir numerosas modalidades y variantes, y que admite diversos contenidos, ya que las circunstancias concurrentes en cada caso concreto son de muy diversa índole, lo que determinará una infinidad de modalidades, siempre, sin dejar de lado el principio del interés superior del menor.

²⁸⁶ STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, 15 Dic. 2011, rec. 17/2011 (LA LEY 258491/2011), concedió el ejercicio compartido de la guarda y custodia, correspondiéndole a la madre la guarda y custodia del hijo menor durante la mitad del curso escolar (desde el día primero del mes de septiembre de cada año hasta el 31 de enero del año siguiente), y al padre la segunda mitad del curso escolar (desde el día primero de febrero hasta el día treinta de junio siguiente de cada año).

²⁸⁷ SAP Córdoba, Sección 2ª, 24 Abr. 2006, rec. 88/2006 8LA LEY 100628/2006).

²⁸⁸ SAP Cáceres, Sección 1ª, 11 Abr. 2007, rec. 145/2007 (LA LEY 104051/2007).

²⁸⁹ SAP Zaragoza, Sección 2ª, 14 Jun. 2011, rec. 157/2011 (LA LEY 119045/2011).

Para finalizar este capítulo consideramos interesante acudir a los datos estadísticos facilitados por el INE, para los años 2013 a 2015, en el que se reflejan en términos totales y a nivel nacional, el número de divorcios y separaciones entre conyugues de diferente sexo, según el tipo de separación (contenciosa o de mutuo acuerdo) y el progenitor que debe ejercer la custodia.

Debemos destacar de dichos datos, que la custodia de los hijos menores fue otorgada mayoritariamente a la madre, aunque se observa un aumento progresivo de la guarda y custodia alternada, ésta no tiene un grado de implantación superior a la individual. Sin embargo, respecto de la custodia compartida llama la atención que cuando se opta por la misma, aproximadamente en más del 85% de los casos es porque los progenitores lo han pactado de mutuo acuerdo, no porque se haya acordado judicialmente.

SEPARACIONES entre cónyuges de diferente sexo según tipo de separación y cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Separación de mutuo acuerdo	Separación contenciosa
2015			
TOTAL	4.642	4.005	637
Padre	124	111	12
Madre	1.655	1.443	212
Custodia compartida	605	555	50
Otros	3	3	0
No procede	2.255	1.893	362
2014			
TOTAL	5.025	4.299	726
Padre	122	103	19
Madre	1.915	1.656	259
Custodia compartida	528	488	40
Otros	7	3	3
No procede	2.453	2.047	406
2013			
TOTAL	4.896	4.106	790
Padre	138	106	33
Madre	2.062	1.715	347
Custodia compartida	465	439	26
Otros	3	1	1
No procede	2.229	1.846	383

DIVORCIOS entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Divorcio de mutuo acuerdo	Divorcio contencioso
2015			
Custodia compartida	12.469	10.635	1.834
Madre	35.387	25.794	9.593
No procede	45.055	34.444	10.610
Otros	188	91	97
Padre	2.586	1.565	1.021
TOTAL	95.685	72.529	23.156
2014			
Custodia compartida	11.401	9.813	1.588
Madre	39.116	28.702	10.415
No procede	46.302	35.541	10.761
Otros	225	96	129
Padre	2.838	1.756	1.081
TOTAL	99.882	75.908	23.974
2013			
Custodia compartida	9.032	7.767	1.266
Madre	38.360	28.169	10.191
No procede	44.522	33.690	10.832
Otros	167	81	86
Padre	2.804	1.793	1.011
TOTAL	94.885	71.499	23.386

CAPÍTULO 3

PRAXIS JUDICIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO FORAL

3.1.- INTRODUCCIÓN.

Como ya hemos afirmado, cuando se produce la ruptura de una pareja con hijos, exista o no relación matrimonial, la principal cuestión a resolver es la relativa al modelo de convivencia que ha de regir la futura relación de los progenitores con sus hijos menores. Los profundos cambios que ha experimentado la sociedad española, en el ámbito de las relaciones familiares, demandan modificaciones legislativas sustanciales en esta materia. Sin embargo, debemos destacar, que en esta cuestión, la pasividad del Legislador estatal contrasta con la actividad de los Legisladores forales.

En primer lugar, debemos reseñar que han sido varias las Comunidades Autónomas que amparándose en el ejercicio de la competencia exclusiva en materias de conservación, modificación y desarrollo de su Derecho foral reconocidas en la Constitución y en sus respectivos Estatutos de Autonomía, han introducido con carácter prioritario el régimen de custodia compartida en sus propios ordenamientos.

Estamos, pues, ante un cambio profundo del esquema tradicional de las situaciones de ruptura al configurarse la custodia compartida frente a la individual como norma preferente, lo que favorece, según las citadas legislaciones, el mejor interés de los hijos y promueve la igualdad entre los progenitores.

La regulación de la guarda y custodia alternada, en las Comunidades Autónomas con competencia para ello, constituye una autentica novedad legislativa pues todas ellas carecen precedentes legales en esa materia.

3.2.- LA LEGISLACIÓN ARAGONESA.

3.2.1. Introducción.

La primera de las Comunidades Autónomas en introducir la custodia compartida con carácter preferente, ha sido la de Aragón, con la aprobación de la Ley 2/2010²⁹⁰, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

La citada Ley aragonesa 2/2010, se dictó en el ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en las materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés y del Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés, reconocidas en los arts. 149.1.8ª y 6ª de la Constitución y 71.2ª y 3ª del Estatuto de Autonomía.

En el Derecho civil aragonés existe la institución de la “autoridad familiar”²⁹¹ que está regulada en el capítulo II de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona²⁹² (en adelante LDP), concretamente en los arts. 60 a 80.

La autoridad familiar, que sería la institución aragonesa que se corresponde con la patria potestad, es ejercida por ambos padres²⁹³, por uno sólo en caso de que se le haya privado o suspendido del ejercicio de la misma²⁹⁴, pero también puede corresponder a otras personas como el padrastro o la madrastra²⁹⁵, los abuelos²⁹⁶ o los hermanos mayores²⁹⁷.

²⁹⁰ BOE nº 151, 22/06/2010.

²⁹¹ Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por parte de los padres en Derecho Aragonés vide PARRA LUCAN, María Ángeles, “Capacidad y estado de las personas”, dentro de la obra colectiva AA.VV., *Manual de Derecho aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, 3ª edición, pp. 115-196.

²⁹² BOE nº 23, 26/01/2007

²⁹³ Art. 68 LPD.

²⁹⁴ Art. 69 LDP.

²⁹⁵ Art. 72 LDP.

²⁹⁶ Art. 73 LDP.

Anteriormente a la publicación de la Ley 2/2010, no existía en la legislación aragonesa ninguna ley que regulase esta materia²⁹⁸, por lo que esta norma no ha sustituido o reformado ninguna ley anterior de custodia compartida. Aunque modifica algunos preceptos de las leyes aragonesas 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas²⁹⁹ y 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona³⁰⁰.

El origen de esta Ley está en la Proposición de ley del mismo nombre presentada por el Partido Aragonés (PAR)³⁰¹, que fue tomada en consideración³⁰² y tras presentarse 118 enmiendas³⁰³, el informe de la ponencia³⁰⁴ introdujo abundantes cambios³⁰⁵ que fueron ratificados³⁰⁶ y aprobados por el pleno de las Cortes de Aragón³⁰⁷.

Esta Ley, entró en vigor, conforme a lo establecido en su Disposición Adicional Tercera, a los tres meses de su publicación, es decir, el día 8 de septiembre del año 2010. Es la primera que, dentro del Estado español, establece la custodia compartida de los hijos menores o incapacitados como sistema o régimen de guarda preferente para los casos de ruptura de convivencia de los padres, en defecto de pacto entre los mismos, frente a la custodia individual o exclusiva, que pasa a ser el sistema de guarda subsidiario.

²⁹⁷ Art. 74 LDP.

²⁹⁸ Ha sido la primera tanto por ser una ley específica en la materia como por su tratamiento de la misma, dando preferencia a la guarda y custodia conjunta. Consecuentemente, en los supuestos de crisis familiar con hijos comunes al carecer de regulación específica debía acudir al Derecho común supletorio.

²⁹⁹ BOE nº 95, 21/04/1999.

³⁰⁰ BOE nº 23, 26/01/2007.

³⁰¹ BOCA, nº 172, 3/11/2009.

³⁰² DISCA, nº 55; BOCA, nº 184, 14/12/2009.

³⁰³ BOCA, nº 208, 12/3/2010.

³⁰⁴ BOCA, nº 223, 19/5/2010.

³⁰⁵ Como el art. 5 en el que se refunden los iniciales arts. 5 y 6, y que es el origen del actual art. 80 CDFa.

³⁰⁶ Por el dictamen de la Comisión. BOCA, nº 225, 21/5/2010.

³⁰⁷ Fue aprobado por unanimidad o con un solo voto en contra, 64 votos a favor y ninguna abstención. Votó en contra Izquierda Unida de Aragón. DISCA, nº 65; BOCA, nº 227, 26/5/2010.

La referida Ley aragonesa 2/2010 de 26 de mayo, ha resultado formalmente derogada mediante el Decreto Legislativo 1/2011³⁰⁸, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; por el que se aprueba, con el título de “*Código del Derecho Foral de Aragón*” (en adelante CDFFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, pero en la misma se integra el contenido originario de aquella Ley reguladora de la custodia sobre los hijos³⁰⁹.

El interés del menor ha sido el único criterio legal que se regía a la hora de decidir el sistema de guarda y custodia de los hijos menores en los procesos matrimoniales, si bien, en la actualidad, con la Ley aragonesa 2/2010, el criterio de imposición de la custodia compartida es un nuevo criterio que se fundamenta en su aplicación, precisamente, en el interés superior del menor. Y en este sentido, en el Preámbulo del CDFFA se afirma que la nueva regulación responde a “*una importante demanda social*” y que ha supuesto “*un cambio del esquema tradicional*”³¹⁰, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores”.

3.2.2. Ámbito objetivo y finalidad.

La Ley, y ahora el CDFFA, tiene por objeto “*regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos a cargo, incluidos*

³⁰⁸ BOA nº 67, 29/03/2011.

³⁰⁹ Concretamente en los arts. 75 a 84, artículos que integran la Sección 3.ª titulada “*Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*”, del Capítulo II, regulador del “*deber de crianza y autoridad familiar*”, del Título II (“*De las relaciones entre ascendientes y descendientes*”) del Libro Primero de “*Derecho de la Persona*”.

³¹⁰ Se recoge en el Preámbulo de la Ley 2/2010 que “*esta cuestión se encuentra actualmente regulada por el art. 92 del Código Civil español, reformado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que en defecto de acuerdo entre los padres configura la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar asimismo informe favorable del Ministerio Fiscal*”. Añadiendo que “*la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores*”.

los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores”³¹¹.

Es decir, prevé la concurrencia de dos supuestos. El primero, es la ruptura de una previa situación de convivencia³¹² y, el segundo, es la existencia de hijos a cargo de la pareja que cesa en la cohabitación.

Se ha destacado en la doctrina³¹³ que esta normativa supone la plasmación de dos opciones de política legislativa: la primera hacer depender la aplicación de la regulación de la existencia de hijos comunes a cargo de la pareja; y, la segunda opción consistente en unificar el tratamiento de tres situaciones legalmente diferentes: matrimonios, parejas estables no casadas y parejas de mero hecho, de forma que dentro de cada una de ellas la regulación se aplicará si existen hijos a cargo.

³¹¹ GONZALEZ DEL POZO, J. P. “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, revista Diario La Ley, nº 7529, Sección Doctrina, 2010, (LA LEY 14038/2010), pp. 1-7 señala que estarían incluidos del ámbito de aplicación de la Ley los supuestos de ruptura de convivencia de los padres no casados entre sí con hijos mayores de edad a su cargo, por lo que éstos podrán solicitar en un procedimiento de guarda y alimentos, una pensión alimenticia en virtud de los art. 3.2 d) y 8 de la Ley.

Art. 75.1 CDFA.

³¹² La regulación aragonesa de las relaciones paterno-filiales de los arts. 75 y ss. CDFA es aplicable tanto a los supuestos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo como a los de falta de convivencia previa entre ellos. Así, la STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 25 Marzo 2013, rec. 60/2012 (ROJ: STSJ AR 420/2013) ha manifestado que *“conviene, en consecuencia, comenzar precisando si los preceptos contenidos en la referida Sección son o no de aplicación a los supuestos en los que, como el presente, no ha habido convivencia previa de los progenitores ...*

Las expresiones literales que acabamos de reproducir permitirían sostener que quedan fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos tales situaciones de falta de convivencia previa. Ahora bien, si no parece dudoso que ello vale para determinadas reglas, como las del art. 83 (asignación compensatoria) no se aprecia fundamento para excluir, a priori, la aplicabilidad de otras que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y el de éstos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. En estas otras normas, no hay razón que abone la consideración de la previa convivencia como presupuesto necesario. Ello no significa que esa ausencia de convivencia entre los padres y de éstos conjuntamente con sus hijos, no pueda tenerse en cuenta a la hora de determinar qué es lo más conveniente al interés del menor”.

³¹³ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza 2011, pp 140-141.
https://www.academia.edu/3356380/La_regulaci%C3%B3n_de_la_custodia_compartida_en_la_Ley_de_Igualdad_de_las_Relaciones_Familiares_ante_la_ruptura_de_la_convivencia_de_los_padres.
Consulta 4/09/2016.

Para determinar el ámbito de aplicación de esta regulación, deberemos acudir al art. 9.1 y 4 CC que establece que las relaciones paterno-filiales se rigen por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del mismo. Como ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón³¹⁴ (en adelante TSJA), *“la norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición”*. El Tribunal Constitucional³¹⁵ ha señalado que la materia relativa al régimen de guarda y custodia de los menores forma partes de las relaciones paterno-filiales.

La intención del legislador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, es promover, con carácter preferente, el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos progenitores, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer³¹⁶.

Las razones de esta preferencia son explicadas, más ampliamente, en el Preámbulo de la Ley 2/2010, de un lado se trata *“de favorecer el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores”*, y, de otro, se fijan los criterios por los que la custodia compartida resulta ser, en principio, del interés del menor.

En el citado Preámbulo se establece expresamente que la custodia compartida se fundamenta en dos principios: *“el derecho de los hijos a mantener una relación*

³¹⁴ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 13 Jul. 2011, rec. 8/2011 (ROJ: STSJ AR 1244/2011). STSJ Aragón, Civil, Sección 1, 13 Jul. 2011, rec. 8/2011 (ROJ: STSJ AR 1244/2011).

STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 21 Dic. 2012, rec. 29/2012 (ROJ: STSJ AR 1132/2012): *“...respecto a la norma aplicable hay que destacar, lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales - art. 9.4 CC -...”*.

³¹⁵ STC, Sección 1ª, 17 Oct. 2012, rec. 8912/2006 (ROJ: STC 185/2012).

³¹⁶ El Estatuto de Autonomía de Aragón, en su art. 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer.

equilibrada y continuada con ambos padres” y “el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar”.

Se destaca como ventajas de la custodia compartida que “ *los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos (...) La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres...*”.

Según dispone la Ley³¹⁷, su finalidad consiste en promover, en los casos que se produzca una ruptura de la convivencia de los progenitores, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos. Esto se conseguirá mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos padres en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes allegados³¹⁸.

Para GONZÁLEZ DEL POZO³¹⁹, la finalidad de la Ley, a la vista de los objetivos expresados en el Preámbulo y en el art. 1.2, no es otra, que fomentar y facilitar el establecimiento de regímenes de custodia compartida.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón³²⁰ ha puesto de relieve que en materia de guarda y custodia de los hijos los principios inspiradores del Código

³¹⁷ Art. 75.2 CDFFA.

³¹⁸ Art. 1.2 Ley 2/2010 y Art. 75.2 CDFFA.

³¹⁹ GONZALEZ DEL POZO, J. P. “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”. Diario La Ley. Nº 7357, Sección Doctrina, 29 Dic.2010 Año XXXI Ref. D-408 (LA LEY 15167/2010). El autor señala, a modo de resumen, que el principio que se establece sería “*in dubio pro custodia compartida*”, p.2.

³²⁰ Las SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 09 Abril 2012, rec. 29/2011 (ROJ: STSJ AR 448/2012), 18 Abril 2012, rec. 31/2011 (ROJ: STSJ AR 463/2012), de forma parecida a lo ya manifestado en la sentencia de

Civil y del Derecho aragonés son dispares. Ha destacado que el legislador nacional *“parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. Mientras que el legislador aragonés *“ordena que, en interés de los hijos menores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta, aparte de otras circunstancias de especial relevancia que puedan concurrir, los factores de edad, arraigo social y familiar de los hijos, y su opinión; así como la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres”*.

3.2.3. Carácter preferente de la custodia compartida y el interés del menor.

En Derecho Civil de Aragón, en toda decisión que se adopte en torno a la guarda y custodia de los hijos menores, el punto de partida debe ser siempre el del ejercicio conjunto de la misma y ello porque el legislador aragonés entiende que el criterio preferente de la custodia compartida es el sistema que mejor recoge el interés de los menores.

Y así, ha sido recogido en numerosas sentencias, por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón³²¹ y Audiencias Provinciales, manifestando que el art. 80.2 del

09 Feb. 2012, rec. 26/2011 (ROJ: STSJ AR 107/2012): *“porque no es la misma la idea que inspira la regulación del Código civil en la cuestión que nos ocupa [la custodia compartida] y la que refleja la norma aragonesa. En aquélla, sólo puede adoptarse la medida si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el precepto del art. 80.2 del Código Foral, como se ha destacado en ocasiones anteriores (Sentencias de este Tribunal de 8 de febrero de 2011 (recurso de casación 27/2011), 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 17/2011), 13 de julio de 2011 (recurso de casación 8/2011) y 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 13/2011) se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional y de la que se da cuenta en el Preámbulo: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares”*.

³²¹ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 03 Feb. 2016, rec. 57/2015 (ROJ: STSJ AR 87/2016). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 17 Septiembre de 2015, rec. 17/2015 (ROJ: STSJ AR 1227/2015). STSJ Aragón, Civil,

CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor³²², salvo que la custodia individual sea más conveniente³²³.

Concretamente, la jurisprudencia ha recordado el carácter preferente de la custodia compartida establecida por el legislador aragonés, como modalidad legalmente establecida para llevar a cabo la función parental, bajo los principios de corresponsabilidad parental³²⁴ y coparentalidad³²⁵. Dicha forma de ejercicio de la responsabilidad en la educación, guarda y custodia de los hijos, es considerada por la ley como aquella que colma el superior interés del menor. Añadiendo que la posibilidad de establecer custodia individual, en interés del menor, requerirá un examen detallado de la prueba practicada y una explicación de las razones que determinan al juzgador a apartarse del criterio establecido legalmente³²⁶.

Sección 1ª, 18 Julio 2013, rec. 14/2013 (ROJ: STSJ AR 1026/2013). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 17 Julio 2013, rec. 11/2013 (ROJ: STSJ AR 1006/2013).

³²² STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 10 Enero 2014, rec. 28/2013 (ROJ: STSJ AR 17/2014). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 08 Feb. 2012, rec. 27/2011 (ROJ: STSJ AR 175/2012).

³²³ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 4 Marzo 2014, rec. 41/2013 (ROJ: STSJ AR 209/2014): “*el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores*”.

³²⁴ Para la SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 13 Mayo 2016, rec. 815/2015 (ROJ: SAP T 539/2016), la corresponsabilidad parental se traduce “*en un reparto de las obligaciones y derechos en la crianza de los hijos en todos los ámbitos, con la posibilidad de que ambos progenitores puedan ejercer de forma conjunta el derecho de guarda y custodia sobre los hijos menores de edad, que en la generalidad de los supuestos se traduce en una alternancia o reparto equitativo de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus progenitores*”, distinguiendo, a su vez, entre “*la corresponsabilidad parental en el ejercicio de las obligaciones concernientes al menor y la coparentalidad o derecho del menor a relacionarse en igualdad de condiciones con ambos progenitores*”, afirmando que se trata de principios que se encuentran estrechamente vinculados.

Algunas resoluciones judiciales han identificado la patria potestad con la corresponsabilidad parental, a título de ejemplo: SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 15 Julio 2016, rec. 1237/2015 (ROJ: SAP M 10030/2016).

³²⁵ Entre otras, las SSAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 8 Abr. 2014 rec. 108/2014 (ROJ: SAP Z 646/2014), 6 Oct. 2015, rec. 386/2015 (ROJ: SAP Z 1970/2015), han definido el concepto de coparentalidad como “*la responsabilidad compartida y la implicación activa y participativa de los dos progenitores en la crianza y educación de los hijos, de tal manera que las menores puedan permanecer cotidianamente el mayor tiempo posible bajo el cuidado de alguno de sus progenitores*”.

³²⁶ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 17 Julio 2013, rec. 11/2013 (ROJ: STSJ AR 1006/2013).

Es más, se ha llegado a tal extremo, que se ha afirmado que *“la ley aragonesa no permite que sea el órgano judicial el que, en el ámbito de su discrecionalidad, establezca uno u otro régimen (se refiere de custodia) sino que, imperativamente, ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor (...) se esté al régimen de custodia compartida.”*³²⁷.

Sin embargo, entendemos que lo anteriormente expuesto viene matizado por el art. 76.2 del CDFa que establece que toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

Es por ello, que tal régimen preferente cabe que sea sustituido por la custodia individual que prevé la propia norma, si bien por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, pues sólo podrá hacer la salvedad a la custodia compartida cuando se considere más conveniente para el menor³²⁸ en atención a los factores que el propio art. 80.2 prevé³²⁹.

³²⁷ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 06 Abril 2015, rec. 1/2015 (ROJ: STSJ AR 398/2015). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 10 Enero 2014, rec. 28/2013 (ROJ: STSJ AR 17/2014).

³²⁸ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 4 Marzo 2015, rec. 53/2014 (ROJ: STSJ AR 290/2015). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 27 Feb. 2013, rec. 47/2012 (ROJ: STSJ AR 8/2013). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 19 Oct. 2012, rec. 16/2012 (ROJ: STSJ AR 1127/2012): *“la posibilidad de que los Tribunales puedan establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor”*.

³²⁹ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 06 Abril 2015, rec. 1/2015 (ROJ: STSJ AR 398/2015). La STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 27 Nov. 2012, rec. 32/2012 (ROJ: STSJ AR 1131/2012) ha manifestado *“acerca de la aplicación del precepto contenido en el art. 80.2 del CDFa, que establece como criterio legal para casos de separación conyugal en que existen hijos menores, el de custodia compartida por parte de los progenitores. Lo ha hecho considerando que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor dicho sistema, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge, relativos a la edad del menor, su arraigo social y familiar, la opinión de los menores si tienen suficiente juicio, la aptitud y voluntad de los padres y las posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ella el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor. Como expresamos en nuestra Sentencia de 18 de abril de 2012, núm. 17/2012, (recurso 31/2011), “siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará”*.

El TSJA³³⁰ ha resumido los criterios que deben seguirse en la exégesis del art. 80 CDFA, del siguiente modo:

La custodia compartida es el “régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin”. Lo que no significa que sea un sistema rígido, ya que podrá “establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código”.

Sin perjuicio de lo afirmado, no han faltado Tribunales que han entendido que la preferencia legal por la custodia compartida no implica que ésta opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores deberá realizarse el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido, conforme a los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico y fundamental inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad³³¹. Tesis que compartimos pero no solo para el caso de que alguno de los progenitores solicitara la custodia individual sino en cualquier caso, ya el principio superior del interés del menor exige un estudio pormenorizado de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y en función de las mismas optar por un régimen u otro de custodia.

3.2.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia —compartida o individual— de los hijos menores³³².

³³⁰ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 1 Feb. 2012, rec. 24/2011 (ROJ: STSJ AR 108/2012).

³³¹ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 11 Oct. 2012, rec. 230/2012 (ROJ: SAP Z 2256/2012). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 30 Marzo 2012, rec. 128/2012 (ROJ: SAP Z 818/2012). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 3 Mayo 2011, rec. 7/2011 (ROJ: SAP Z 1596/2011).

³³² STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 05 Oct. 2015, rec. 20/2015 (ROJ: STSJ AR 1260/2015). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Jun. 2015, rec. 12/2015 (ROJ: STSJ AR 917/2015).

El legislador aragonés pretende propiciar el acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el “el pacto de relaciones familiares”³³³, inspirado en el respecto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo del CDFFA, *“un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura”*.

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador otorga, como hemos visto, rango preferente a la custodia compartida. La Ley aragonesa 2/2010 fijó en el art. 6.2³³⁴ los criterios y factores que debía ponderar el Juez para decidir, a falta de acuerdo de los progenitores sobre tal medida, el régimen de guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados comunes.

En la actualidad dicha regulación viene recogida en el art. 80.2 CDFFA, estableciendo los siguientes criterios:

a) La edad de los hijos.

Por lo que se refiere a la edad de los hijos, el art. 79.5 CDFFA contempla como elemento contrario a la custodia compartida la corta edad de los hijos y así establece que *“cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”*.

Con ello, el legislador aragonés está admitiendo como válida una de las objeciones más extendidas frente a la custodia compartida y es que se entiende que la

³³³ Que recogeremos más adelante.

³³⁴ Así el art. 6.2 establecía que: *“El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores”*, los cuales enumera a continuación en los subapartados desde a) hasta f).

misma no puede acordarse respecto de menores de corta edad³³⁵. Los defensores de esta objeción se fundamentan en la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1959³³⁶, cuando ésta señala que, salvo circunstancias excepcionales no debe apartarse a un niño de corta edad de la madre. Sin embargo, frente a esta objeción se ha invocado la Convención Europea de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 que, en su art. 7, reconoce el derecho del niño a ser cuidado por ambos padres tanto como sea posible³³⁷.

La corta edad de los hijos parece que hace preferible la custodia individual, normalmente a favor de la madre³³⁸, fijándose la misma hasta los tres años³³⁹, momento hasta el cual se denomina de la “primera infancia”.

³³⁵ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 13 Julio 2011, rec. 8/2011 (ROJ: STSJ AR 1244/2011): “...resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige”.

³³⁶ <http://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2013/09/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o1.pdf>. Consulta 9/10/2016.

³³⁷ GONZALEZ DEL POZO, J. P.” Análisis crítico de las medidas judiciales....” *op. cit.* p 8.

³³⁸ SAP Huesca, Civil, Sección 1ª, 30 Junio 2010, rec. 257/2009 (ROJ: SAP HU 272/2010). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Sept. 2011, rec. 12/2011 (ROJ: STSJ AR 1694/2011). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 4 Marzo 2014, rec. 41/2013 (ROJ: STSJ AR 209/2014): “la muy joven edad de Baltasar constituye un elemento a considerar para que se mantenga bajo el cuidado de su madre”. La SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 2 Dic. 2011, rec. 296/2011 (ROJ: SAP Z 3018/2011), en un supuesto en que la menor contaba con 2 años de edad, entendiendo que la misma se “encontraba en la primera infancia y teniendo en cuenta el primer factor que el legislador ha tenido en cuenta en el art. 80 del Código de Derecho Foral a la hora de adoptar uno u otro régimen de custodia, además del principio que aconseja la no separación de los hermanos “, consideró más conveniente, como más favorable al superior interés de las menores, la custodia individual de ambas por la madre. En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la misma Audiencia Provincial y así en la SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 07 Feb. 2012, rec. 462/2011 (ROJ: SAP Z 227/2012) ha manifestado que teniendo en cuenta “como factor muy relevante la edad de la menor, que en el momento de interposición de la demanda tenía tres años recién cumplidos (vd. art 80.1 a) CDF), hay que entender que la custodia individual de la madre es sistema más conveniente”. SSAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 14 Feb. 2012, rec. 629/2011 (ROJ: SAP Z 291/2012) y 17 Feb. 2015, rec. 498/2015 (ROJ: SAP Z 228/2015).

³³⁹ La SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 2 Dic. 2011, rec. 296/2011 (ROJ: SAP Z 3018/2011) ha manifestado que la “hija pequeña contaba con dos años al tiempo de presentación de la demanda y en junio pasado cumplió tres, por lo que, encontrándose en la primera infancia y teniendo en cuenta el primer factor que el legislador ha tenido en cuenta en el art. 80 del Código de Derecho Foral a la hora de adoptar uno u otro régimen de custodia, además del principio que aconseja la no separación de los hermanos -realidad puesta de manifiesta en el caso con ocasión de la entrevista a Carolina-, la Sala considera que resulta más conveniente, como más favorable al superior interés de las menores, la custodia individual de ambas por la madre (vd STSJA 13-7-2011).” SSAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 7 Feb. 2012, rec. 462/2011 (ROJ: SAP Z 227/2012) y 14 Oct. 2015, rec. 415/2015 (ROJ: SAP Z 1982/2015).

Sin embargo, el TSJA³⁴⁰ ha matizado esta postura manifestando que la corta edad del menor por sí sola no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la ley.

b) El arraigo social y familiar de los hijos³⁴¹.

A diferencia de lo que ocurre, con otras regulaciones, el legislador aragonés no aporta una definición de lo que debe entenderse por arraigo familiar y social.

Es otro de los criterios a ponderar por los Tribunales, se pretende valorar, en función de la modalidad de custodia elegida o propuesta, si la misma puede producir en los menores un desarraigo familiar o social.

En este sentido la jurisprudencia ha manifestado que el apartado 2 b) del art. 80 contempla “el arraigo social y familiar de los hijos” como uno de los factores justificantes del desplazamiento del criterio preferente de la custodia compartida³⁴².

³⁴⁰ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 25 Sept. 2012, rec. 15/2012 (ROJ: STSJ AR 1124/2012). Para la STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 28 Sept. 2012, rec. 14/2012 (ROJ: STSJ AR 1121/2012), “...la edad del menor, ... cuenta por tanto en este momento tres años de edad, y se encuentra en la primera infancia. La edad de los hijos es el primero de los factores mencionados en el art. 80.2 CDFa. No obstante, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren.”

³⁴¹ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 09 Abril 2012, rec.29/2011 (ROJ: STSJ AR 448/2012): “...los tres hijos del matrimonio, que tienen hoy, respectivamente, 16, 12 y 7 años, han superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia. No existe prueba que permita considerar que tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, constando además que es buena su relación con la pareja con quien actualmente convive el padre....”.

³⁴² La SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 7 Feb. 2012, rec. 478/2012 (ROJ: SAP Z 221/2012) rechazó la custodia compartida optando por la individual a favor de la madre ya que la figura paterna no aparecía muy arraigada en la vida de los menores. En el mismo sentido la citada Audiencia Provincial en sentencia de 28 Feb. 2012, rec. 461/2011 (ROJ: SAP Z 538/2012) consideró que la custodia individual a favor de la madre era la medida que se revelaba más adecuada para preservar el superior interés de los menores, ya que éstos mantenían una buena relación con cada uno de sus padres, pero estaban especialmente unidos a la madre, quien representaba para ellos la principal figura de su mundo afectivo y la que les había proporcionado fundamentalmente la seguridad y estabilidad que habían requerido en su desarrollo psicoevolutivo. La SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 19 Feb. 2013, rec. 8/2013 (ROJ: SAP TE 15/2013), otorgó la custodia compartida, atendiendo, entre otros criterios, a que “las menores presenta vinculación afectiva con ambos progenitores y familias extensas respectivas”. SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 22 Dic. 2015, rec. 502/2014 (ROJ: SAP Z 2520/2015).

Se ha valorado por los Tribunales³⁴³ la relación de los hijos menores con la nueva familia creada por uno de los progenitores a la hora de decidir por la custodia compartida o monoparental. Asimismo, se ha contemplado el arraigo social de los hijos a una determinada localidad como factor favorable a la custodia individual de uno de los progenitores cuando el otro reside en una localidad distinta³⁴⁴.

Sin embargo, como vimos con el criterio de la edad de los menores, el arraigo o especial vinculación con uno de los progenitores, no es por sí solo un factor determinante de la custodia monoparental³⁴⁵.

Finalmente, debemos añadir que se ha manifestado que la alteración de la vida cotidiana de los menores por la adopción del régimen de custodia compartida no justifica por sí sola el mantenimiento de la custodia individual³⁴⁶, ya que es notorio que

³⁴³ La STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 19 Oct. 2012, rec. 16/2012 (ROJ: STSJ AR 1127/2012) consideró que *“la hija mayor no ha aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, aunque intenta adaptarse a la nueva situación, lo que no es considerado en la sentencia como un capricho de la menor sino una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el art. 80.2 -la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia-”*. También la STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 29 Abril 2013, rec. 58/2012 (ROJ: STSJ AR 530/2013) valoró que el menor tenía vínculos afectivos positivos con ambos progenitores y con sus respectivas familias y la pareja que convive con el padre. STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 10 Enero 2014, rec. 28/2013 (ROJ: STSJ AR 17/2014).

³⁴⁴ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 7 Feb. 2012, rec.507/2012 (ROJ: SAP Z 217/2012).

³⁴⁵ Al respecto la SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 02 Dic. 2011, rec. 483/2011 (ROJ: SAP Z 3019/2011) ha manifestado que aunque los menores se encuentran especialmente unidos a su madre, quien representa para ellos la principal figura de su mundo afectivo, y la que les ha venido proporcionando en mayor medida la seguridad y estabilidad que han requerido para su desarrollo, y a quien recurren primeramente ante la aparición de dificultades o para compartir eventos altamente gratificantes. *“Esta circunstancia no debe suponer que los menores no puedan permanecer con su padre habida cuenta de la buena relación que mantienen con él, sino que éste, ante posibles situaciones de dificultad para sus hijos, deberá realizar un esfuerzo adicional por proporcionarles la seguridad y estabilidad que requieran”*.

³⁴⁶ Para la STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 18 Julio 2013, rec. 14/2013 (ROJ: STSJ AR 1026/2013): *“la constatación de que la principal referencia de la menor es su madre -lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella- y la alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual”*. SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 28 Nov. 2013, rec. 10/2013 (ROJ: SAP TE 171/2013): *“respecto al hecho de que la custodia compartida va a alterar la vida de los menores puesto que siempre ha sido la madre la que se ha ocupado de ellos debe argüirse que “es notorio que el cambio de régimen lleva implícita alteración en los hábitos de vida de los afectados, lo que obliga a la necesaria adaptación” (T.S.J.A. sent. nº 31, de 10/7/2013), pero no es un obstáculo que deba descartar este tipo de custodia”*.

el cambio de régimen lleva implícita la alteración en los hábitos de vida de los afectados, lo que obliga a su necesaria adaptación³⁴⁷, pero no es un obstáculo que deba descartar este tipo de custodia.

En este sentido, los Tribunales³⁴⁸ han afirmado que “ *el punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida*”, añadiendo que cuando se “ *tramitan procesos de modificación de medidas adoptadas en sentencias de separación o divorcio, pueden producirse situaciones de cambio en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida.*”

c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor³⁴⁹. Por ello, en aplicación de este principio, se otorga cierta participación al menor en la toma de decisiones. Ello conduce, como ha señalado la doctrina más autorizada, a una nueva manera de valorar todo lo que afecta a la situación jurídica del menor.

³⁴⁷ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 10 Julio 2013, rec. 12/2013 (ROJ: STSJ AR 1003/2013). SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 28 Nov. 2013, rec. 102/2013 (ROJ: SAP TE 171/2013).

³⁴⁸ SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 27 Nov. 2012, rec. 32/2012 (ROJ: STSJ AR 1131/2012), 18 Julio 2013, rec. 14/2013 (ROJ: STSJ AR 1026/2013) y 9 Oct. 2013, rec. 44/2013 (ROJ: STSJ AR 1628/2013). No obstante, no han faltado sentencias que han optado por la custodia individual considerando que el mantenimiento de las condiciones cotidianas del menor resulta más adecuado para su desarrollo, ampliando en estos casos el régimen de vistas. A título de ejemplo, la SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 12 Junio 2012, rec. 216/2012 (ROJ: SAP Z 1450/2012).

³⁴⁹ Art. 5.4 CDFFA.

Este criterio o factor es consecuente con el derecho del menor a ser oído que reconoce el art.76.4 CDFA y su remisión al art. 6 del mismo Código. Concretamente el art. 6 del CDFA dice que “*antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.*”

Nuevamente se proclama el derecho del menor a ser oído, sin especificarse que haya de hacerlo directamente ante el Tribunal, aunque para la mayoría de la doctrina es el Juzgador de instancia a quien corresponde ponderar la capacidad y grado de discernimiento del menor³⁵⁰. Además se ha señalado que la opinión de los hijos no es vinculante para el Tribunal puesto que “*no se exige la opinión favorable de los hijos para optar por uno u otro régimen*”³⁵¹.

La opinión del menor es uno de los factores indicados en el art. 80.2 CDFA, que, sin embargo, no lo señala como preferente sino como uno más de los que se deben ponderar para la adopción del régimen de custodia, dependiendo de su madurez pues a mayor madurez mayor relevancia tendrá su opinión, especialmente en los mayores de catorce años³⁵². Ya que un menor no siempre reúne el suficiente conocimiento de las

³⁵⁰ Para la SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 9 Feb. 2016, rec. 656/2015 (ROJ: SAP Z 105/2016) “*la exploración judicial es el medio por el que el menor afectado por un procedimiento, da a conocer al Juez su opinión, adquiriendo a través del principio de inmediación su mayor importancia, pues es precisamente esa percepción o impresión captada por el Juez la que debe valorarse en su justa medida, así el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia de 25 de marzo de 2013 indica que es el Juzgador de instancia a quien corresponde ponderar la capacidad y grado de discernimiento del menor*”.

³⁵¹ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 3 Feb. 2016, rec. 57/2015 (ROJ: STSJ AR 87/2016).

³⁵² SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 16 Oct. 2012, rec. 24/2012 (ROJ: STSJ AR 1128/2012), 12 Marzo 2013, rec. 54/2012 (ROJ: STSJ AR 9/2013), 10 Julio 2013, rec. 12/2013 (ROJ: STSJ AR 1003/2013), 02 Oct. 2015, rec. 29/2015 (ROJ: STSJ AR 1374/2015) y 16 Dic. 2015, rec. 49/2015 (ROJ: STSJ AR 1805/2015). Cabe destacar la STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 18 Julio 2013, rec. 14/2013 (ROJ: STSJ AR 1026/2013) que ha distinguido, a estos efectos, entre las diferentes edades de los niños y así ha manifestado:” *A este respecto esta Sala ha dicho (sentencia de 19 de octubre de 2012) que la opinión del menor es uno de los factores indicados en el art. 80.2 CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente para la adopción del régimen de custodia, dependiendo de su madurez pues a mayor madurez mayor relevancia tendrá su opinión, especialmente en los mayores de catorce años (sentencias de 16 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2013). En las más recientes, de 10 de julio de 2013 respecto a una niña de 10 años, de 16 de julio de 2013 sobre menores de 9 y 10 años, y de 17 de julio de 2013 respecto a un niño de 11 años, hemos manifestado que la escasa edad y madurez de estos niños no permite atribuir a su criterio carácter determinante, y que pueden aportar datos que puedan ser relevantes pero su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, no les permitirá valorar hasta qué punto puede ser perjudicial uno u otro régimen de custodia .*

distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de un menor, “*por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer*”. Afirmándose que aun siendo importante su opinión, no puede ser admitida “*sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado*”³⁵³.

Esto solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada, junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado³⁵⁴.

En conclusión, podemos afirmar que en lo relativo a la toma de decisiones judiciales que afectan a los menores, tales como la que nos ocupa, la ley exige que éste sea oído, su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso,

Afirmado lo anterior respecto a niños entre 9 y 11 años de edad, nos permite deducir que difícilmente una niña de apenas seis años puede aportar, salvo casos excepcionales, datos o circunstancias (nada más podría pedírsele) que arrojen más luz sobre la conveniencia de un régimen u otro. Máxime teniendo en cuenta que ya había sido oída por la psicóloga del Juzgado. El suficiente juicio respecto de los menores de doce años debe ser ponderado con sumo cuidado cuando se trata de enfrentarlos a una exploración en sede judicial.”

³⁵³ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 12 Julio 2013, rec. 17/2013 (ROJ: STSJ AR 1005/2013).

³⁵⁴ SAP Huesca, Civil, Sección 2ª, 30 enero 2013, rec. 563/2012 (ROJ: SAP Z 44/2013). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 10 Julio 2013, rec. 12/2013 (ROJ: STSJ AR 1003/2013). SSAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 5 Dic. 2013, rec. 323/2011 (ROJ: SAP Z 2222/2013) y 6 Marzo 2014, rec. 614/2013 (ROJ: SAP Z 368/2014). La STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 2 Oct. 2015, rec. 29/2015 (ROJ: STSJ AR 1374/2015) ha manifestado que “*la opinión de los hijos menores no es el único factor a tener en consideración, ni constituye un criterio preferente al que haya que atender en todo caso. Pero en modo alguno impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorarla junto con otros factores para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor*”.

conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión³⁵⁵.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

Al respecto, los Tribunales han manifestado que el régimen de custodia compartida exige un esfuerzo especial de los progenitores para mantener un reparto equitativo de derechos y obligaciones³⁵⁶. Añadiendo que debe partirse del criterio preferente de la custodia compartida, siempre y cuando ambos progenitores estén capacitados para ello³⁵⁷ y quede acreditada su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio³⁵⁸. Resulta obvio que no podrá acordarse la custodia compartida si uno de los progenitores carece de habilidades o aptitudes para ejercer las funciones parentales³⁵⁹.

Se opta por la custodia individual, entendiéndose que ésta se revela como la medida más beneficiosa para el interés del menor, cuando resulta acreditado que uno de

³⁵⁵ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 13 Enero 2016, rec. 39/15 (ROJ: STSJ AR 4/2016). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2, 19 Enero 2016, rec. 513/2016 (ROJ: SAP Z 30/2016). Para la STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 3 Feb. 2016, rec. 57/2015 (ROJ: STSJ AR 87/2016) las opiniones de los menores deben ser tomadas con prudencia.

³⁵⁶ ATSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Dic. 2011, rec. 12/2011 (ROJ: ATSJ AR 291/2011). La SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 17 Enero 2012, rec. 513/20122 (ROJ: SAP Z 98/2012), optó por la custodia compartida atendiendo a que ambos progenitores habían ejercido sus roles parentales de forma adecuada, demostrando preocupación por el bienestar de sus hijos, resultando correcta la organización de la vida diaria y los cuidados materiales que describían, así como una buena disponibilidad para compatibilizar su horario.

³⁵⁷ SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 15 Dic. 2011, rec. 17/2011 (ROJ: STSJ AR 2082/2011), 18 Abril 2012, rec. 31/2012 (ROJ: STSJ AR 463/2012) y 27 Nov. 2012, rec. 32/2012 (ROJ: STSJ AR 1131/2012).

³⁵⁸ STSJ Aragón, Civil, Sección 1, 30 Sept. 2011, rec. 13/2011 (ROJ: STSJ AR 1694/2011).

³⁵⁹ La STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Sept. 2011, rec. 12/2011 (ROJ: STSJ AR 1694/2011), manifestó que *“el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor”; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirle a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación*”. Por su parte, la SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 22 Julio 2014, rec. 54/2014 (ROJ: SAP Z 1416/2014), entre otros criterios, para la atribución de la custodia compartida tuvo en cuenta el interés mostrado por ambos progenitores por su hija, *“que ambos se implican activamente en su cuidado y educación, y la Psicóloga, una vez realizado el estudio de la situación familiar, considera que la interacción de ambos progenitores con la menor responde a sus necesidades afectivas y de cuidado, sin observar en ninguno de ellos dejación de sus funciones parentales”*.

los progenitores no puede asumir de forma responsable el cuidado y atención del menor en orden a su correcto desarrollo³⁶⁰. Y así, se ha manifestado que la “ausencia de circunstancias anómalas en los progenitores no puede determinar la aplicación automática de una medida como la que nos ocupa si no va acompañada de una real predisposición y voluntad para la asunción de las responsabilidades que la misma conlleva”³⁶¹. Una vez más, los Tribunales rechazan la aplicación automática de la guarda y custodia compartida.

Sin embargo, se ha matizado que es falso que deba optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores³⁶², ya que toda crisis de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, exigiéndose un cierto grado de conflictividad u hostilidad, para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar, en su caso, la implantación de la custodia compartida³⁶³. Añadiéndose, que el enfrentamiento entre los progenitores, y la escasa o nula relación entre los mismos, es una circunstancia frecuente en las rupturas de convivencia, que puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero en ambos regímenes. Por lo que, en principio, el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida salvo que se den circunstancias por las que resulte afectado perjudicialmente el interés del menor³⁶⁴. Concluyéndose, que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia³⁶⁵.

³⁶⁰ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Junio 2015, rec. 13/2015 (ROJ: STSJ AR 917/2015).

³⁶¹ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 13 Oct. 2011, rec. 301/2011 (ROJ: SAP Z 2460/2011).

³⁶² SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1, 09 Feb. 2012, rec. 26/2011 (ROJ: STSJ AR 107/2012) y 18 Julio 2013, rec. 14/2013 (ROJ: STSJ AR 1026/2013).

³⁶³ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 9 Feb. 2012, rec. 26/2011 (ROJ: STSJ AR 107/2012).

³⁶⁴ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 24 Feb. 2015, rec. 425/2014 (ROJ: SAP Z 306/2015).

Sin embargo, la SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 13 Marzo 2012, rec. 33/2012 (ROJ: SAP TE 55/2012) denegó la custodia compartida atendida la inexistencia de una comunicación adecuada entre los progenitores, la existencia de una alta conflictividad parental, y la ausencia de de acuerdos sobre las normas y rutinas diarias,

³⁶⁵ SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 17 Feb. 2014, rec. 37/2013 (ROJ: STSJ AR 158/2014) y 18 Dic. 2015, rec. 55/2015 (ROJ: STSJ AR 1964/2015).

Al respecto, el TSJ Aragón³⁶⁶, ha subrayado, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que *“la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia”*. Añadiendo que la mejor atención del menor *“no debe fijarse bajo la óptica de la situación de sus progenitores, sino desde la perspectiva de qué sea mejor para la menor afectada, y desde este punto de vista nada recoge la sentencia que permita entender que la deficiente relación entre los progenitores vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida...”*.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres³⁶⁷.

La disponibilidad de los padres para el cuidado de los hijos es uno de los criterios a tener en cuenta en orden a la atribución de custodia compartida. Para los Tribunales este régimen de custodia exige que ambos progenitores puedan conciliar la vida familiar con la vida laboral, aunque no requiere que ambos tengan las mismas posibilidades de conciliación³⁶⁸.

Se ha optado por la custodia compartida en casos en los que la ayuda de los abuelos era puntual³⁶⁹ e incluso en aquellos supuestos en los que un progenitor contaba con una red de apoyo familiar que le permitía resolver o moderar las dificultades derivadas de la conciliación de la vida familiar y laboral³⁷⁰. Sin embargo, en otras ocasiones se ha atribuido la custodia individual a la madre, debido a que la excesiva

³⁶⁶ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 18 Dic. 2015, rec. 55/2015 (ROJ: STSJ AR 1964/2015).

³⁶⁷ SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Abril 2013, rec. 59/2012 (ROJ: STSJ AR 531/2013); 09 Oct. 2013, rec. 199/2013 (ROJ: STSJ AR 1628/2013) y 16 Dic. 2015, rec. 49/2015 (ROJ: STSJ AR 1805/2015).

³⁶⁸ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 30 Marzo 2012, rec. 128/2012 (ROJ: SAP Z 818/2012). STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 10 enero 2014, rec. 28/2013 (ROJ: STSJ AR 17/2014).

³⁶⁹ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 28 Sept. 2012, rec. 14/2012 (ROJ: STSJ AR 1121/2012). La SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 22 Julio 2014, rec. 54/2014 (ROJ: SAP Z 1416/2014), tomo en consideración la flexibilidad horaria y el apoyo que le prestan sus padres y familiares para atender a su hija en aquellos momentos en que por sus obligaciones laborales no puede hacerlo.

³⁷⁰ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 24 Feb. 2015, rec. 425/2014 (ROJ: SAP Z 306/2015). Sin embargo, para la SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 10 Dic. 2014, rec. 85/2014 (ROJ: SAP TE 147/2014) el horario laboral del padre no fue una obstáculo para enervar la preferencia legal del régimen de custodia compartida, pues contaba con el apoyo de una familia extensa.

dedicación laboral del padre le impedía cumplir con sus obligaciones, delegando constantemente en los abuelos paternos el cuidado de su hijo³⁷¹.

En este sentido, para algunas Audiencias Provinciales, resulta evidente que la imposibilidad de conciliación de uno de los progenitores unido a otros factores determinará que la custodia individual del otro resulte más conveniente para el interés del hijo menor³⁷².

No obstante lo anterior, se ha destacado que los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es un elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura. Así el TSJA³⁷³ ha manifestado que *“parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia”*. E incluso *“aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida”*. Añadiendo que ambas ideas son perjudiciales y al mismo tiempo implican una *“contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese período, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en perjuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida”*.

³⁷¹ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 18 de diciembre de 2013, rec. 30/2013 (ROJ: STSJ AR 1630/2013).

³⁷² SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 14 Feb. 2012, rec. 660/2011 (ROJ: SAP Z 293/2012).

³⁷³ La STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 15 Dic. 2011, rec. 17/2011 (ROJ: STSJ AR 2082/2011).

A pesar de dichas manifestaciones, recientemente, el TSJ Aragón ha considerado que “*la encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia por quien pretende que esta sea compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales en los casos de ruptura familiar*”³⁷⁴, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el art. 80.2, e).

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

A modo de cláusula de cierre, el art. 80.2.f. CDFa permite al juzgador atender a cualquier otra circunstancia diferente a las tasadas legalmente. El citado artículo no recoge un listado cerrado sino abierto, como resulta con claridad del apartado "f" del citado precepto, que permite valorar “*cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*”, por lo que pueden ser apreciados factores.

Así se ha tenido en cuenta, entre otros, la falta de interés de uno de los progenitores en la comunicación con su hijo³⁷⁵, la objeción de uno de los progenitores³⁷⁶ o el principio de no separación de los hermanos³⁷⁷.

Respecto de este último, el art. 80.4 del CDFa, coincidente con el art. 92.5 *in fine* CC, establece el criterio legal de que el Juez procure no separar a hermanos. El

³⁷⁴ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 16 Dic. 2015, rec. 49/2015 (ROJ: STSJ AR 1805/2015).

³⁷⁵ La STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Sept. 2011, rec. 13/2011 (ROJ: STSJ AR 1694/2011) apreció una actitud pasiva del padre en todo lo referente al cuidado y atención del menor; o la inconveniencia de la imposición de una custodia compartida tras un período largo de distanciamiento del menor con uno de los progenitores. La STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 17 Sept. 2015, rec. 17/2015 (ROJ: STSJ AR 1227/2015) valoró “*el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la menor de las hijas (Tomasita), así como en su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, que ha asumido en exclusiva la madre*”, para atribuir la custodia individual en favor de la madre.

³⁷⁶ El art. 80.5 CDFa impide que la mera objeción de uno de los progenitores a la custodia compartida sea suficiente para denegarla y así establece expresamente que “*la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor*”.

³⁷⁷ Para la SAP Teruel, Civil, Sección 2ª, 15 Marzo 2016, rec. 730/2015 (ROJ: SAP Z 464/2016) la separación de los hermanos, que no es aconsejable ni adecuado, a salvo de circunstancias excepcionales que no concurren en autos (art. 80.4 C.D.F.A.).

legislador ha entendido que el interés de los hijos, se protege mejor manteniendo la unidad en la custodia.

Pero esta regla no es absoluta, ya que, en algunos supuestos será preferible decidir la custodia separada de unos y otros hijos que imponer una custodia conjunta que represente perjuicio para alguno de ellos³⁷⁸.

El citado precepto está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo, se ha manifestado, que excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviese hijos habidos con sus nuevas parejas. No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura³⁷⁹.

Otros criterios que han sido valorados es el nacimiento de un hermano. Al respecto se ha considerado que el nacimiento de un hermano, no es razón para enervar la preferencia legal del régimen de custodia compartida, ya que no está contemplado legalmente como causa de exclusión, puesto que *“las vicisitudes de este tipo han de solventarse considerando el conjunto de las relaciones que hay que contemplar, y por ello en la medida que la custodia compartida no impide la convivencia con el hermano de vinculo sencillo, sino que sirve para conjugar el interés objetivo de la menores de poder convivir con ambos progenitores y su hermano”*³⁸⁰.

³⁷⁸ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 18 Dic. 2015, rec. 55/2015 (ROJ: STSJ AR 1964/2015). SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 12 Abril 2016, rec. 21/2016 (ROJ: SAP TE 52/2016).

³⁷⁹ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 27 Nov. 2012, rec. 32/2012 (ROJ: STSJ AR 1131/2012). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 12 Abril 2016, rec. 687/2015 (ROJ: SAP Z 618/2016).

³⁸⁰ SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 10 Dic. 2014, rec. 85/2014 (ROJ: SAP TE 147/2014).

La distancia entre los domicilios de los progenitores, ha sido otro factor a tener en cuenta, aunque no parece ser un obstáculo para afrontar la custodia compartida³⁸¹, ya que con la crisis familiar los cambios de domicilio de los hijos resultan inevitables, y no por ello uno de los progenitores debe perder la custodia. Aunque, en ocasiones, sí se ha tenido en cuenta para optar por la custodia individual³⁸².

Como hemos visto el Tribunal Supremo³⁸³ rechaza el criterio de la “deslocalización” de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartida, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda.

Finalmente debemos reseñar que a diferencia de otras leyes forales que regulan esta materia, el legislador aragonés no ha incluido en el art. 80.2 CDFFA, dentro de los criterios para determinar el régimen de custodia, los informes psicosociales. Sin embargo, el TSJA³⁸⁴ ha destacado la especial relevancia que tienen los informes psicosociales, y así ha manifestado siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que “*en la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor*”³⁸⁵.

³⁸¹ SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 19 Feb. 2013, rec. 8/2013 (ROJ: SAP TE 15/2013). SAP Teruel, Civil, Sección 2ª, 27 Enero 2015, rec. 541/2015 (ROJ: SAP Z 134/2015).

³⁸² SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 25 Marzo 2014, rec. 21/2014 (ROJ: SAP TE 45/2014). Para la SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 28 Julio 2015, rec. 350/2015 (ROJ: SAP Z 1607/2015), la distancia entre los domicilios de los progenitores convierte en inviable la custodia compartida de un niño ya escolarizado con la anuencia de los padres.

³⁸³ STS, Civil, Sección 1ª, 7 Julio 2011, rec. 1221/2010 (ROJ: STS 4824/2011).

³⁸⁴ SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 30 Sept. 2011, rec. 13/2011 (ROJ: STSJ AR 1694/2011) y 5 Julio 2012, rec. 13/2012 (ROJ: STSJ AR 1047/2012).

³⁸⁵ SSTS, Civil, Sección 1ª, 7 Abr. 2011, rec. 1580/2008 (ROJ: STS 2005/2011), 30 Sept. 2011, rec. 13/2011 (ROJ: STSJ AR 1694/2011) y en la sentencia 5 Julio 2012, rec. 13/2012 (ROJ: STSJ AR 1047/2012) ha destacado la especial relevancia de los informes psicosociales, puesto que en ellos previa constatación de los hechos concurrentes y la necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se analiza por expertos profesionales la conveniencia o no de la adopción de las medidas solicitadas.

3.2.5. El pacto de relaciones familiares.

La Ley aragonesa dedica todo su Capítulo II al denominado “Pacto de relaciones familiares”. Dicho pacto está inspirado en el convenio regulador previsto en el art. 90 CC. Respecto de su contenido se observan muy pocas diferencias y de escasa importancia en relación con lo dispuesto en el citado art. 90.

Conforme al art. 80.2, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores. Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones familiares a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el juzgador.

El contenido mínimo aparece enumerado en el art. 77.2 CDFA, e incluye los siguientes aspectos:

a) El régimen de convivencia o visitas con los hijos

Los progenitores disponen de tres opciones: custodia compartida, custodia partida y custodia exclusiva de uno solo de ellos. Una vez pactada la modalidad de custodia deberán acordar cómo la van a desarrollar, sin estar los progenitores vinculados por la preferencia legal que concede el CDFA en el art. 80³⁸⁶.

b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

Se ha considerado que la obligación de la inclusión del régimen de relación con familiares no ha sido muy afortunada. Se argumenta que, normalmente, la relación de los menores con los hermanos, abuelos u otros parientes ya se produce durante el

³⁸⁶ LÓPEZ AZCONA, A. “El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, en Revista boliv. de derecho núm. 19, enero 2015, p. 220.

régimen de guarda o estancias de cada progenitor. También se ha criticado por la falta de tiempo material que asignar a cada uno haría imposible compatibilizar ambos los regímenes. No obstante, la inclusión del régimen de visitas con otros familiares resulta procedente en el supuesto de enemistad entre alguno de los progenitores con alguno de sus allegados³⁸⁷.

c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar.

d) La contribución de cada progenitor para sufragar las necesidades alimenticias ordinarias y extraordinarias de los hijos.

e) La liquidación del régimen económico matrimonial.

f) La asignación familiar compensatoria.

Las partes, de modo facultativo, podrán establecer en el pacto de relaciones familiares cualquier disposición o estipulación que fije los términos de sus nuevas relaciones con sus hijos sobre extremos referidos a la vida familiar distintos de los enumerados e incluso incorporar las causas por las que se podrá llevar a cabo la posterior modificación o extinción de las medidas contenidas en el propio pacto³⁸⁸.

El apartado 4 dice *“el pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogido en el artículo anterior”*.

3.2.6. La violencia de género³⁸⁹.

Una de las causas que expresamente prevé legislador aragonés para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género.

³⁸⁷ GONZALEZ DEL POZO, J. P. “Comentarios sobre el ámbito de aplicación.....”, *op. cit.* pp-4-5.

³⁸⁸ Art. 3.3 b) de la ley.

³⁸⁹ SSAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 30 Sept. 2014, rec. 321/2014 (ROJ: SAP Z 1719/2014), 31 Marzo 2015, rec. 79/2015 (ROJ: SAP Z 634/2015) y 29 Abr. 2015, rec. 159/2015 (ROJ: SAP Z 880/2015).

En efecto, el art. 80.6 CDFA, establece que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad; 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.

Esta norma se ve en parte complementada por la previsión contenida en la disposición adicional cuarta del CDFA en los términos siguientes: *“Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del art. 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria”*.

El art. 80.6 del CDFA prevé dos supuestos: que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar, en el que la autoridad judicial penal valore motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados; o que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, la autoridad judicial civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En cualquiera de ambos casos no se acordará la atribución de la guarda y custodia al progenitor que aparezca como posible autor.

La regulación de este precepto se configura así como meramente preventiva, a falta de decisión que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos. Bien porque ya en el ámbito penal se haya dictado resolución motivada de la que resulte posible existencia de delito, bien porque el Juez competente en el ámbito civil así lo considere por las pruebas ante él presentadas, debe denegar la posible custodia al progenitor enjuiciado en vía penal.

Al respecto los Tribunales relacionan el citado art. 80.6 con la Disposición Adicional Cuarta del CDFA y con el art. 153.1 y 2 del Código Penal para sostener la siguiente doctrina: *“el art. 80.6 no alcanza, como es propio del momento temporal y*

*procesal que en ella se trata, a disponer de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada, porque, una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito, carece ya de motivo de aplicación este art. 80.6, pues entonces los preceptos aplicables son: si la sentencia penal es absolutoria, la disposición adicional cuarta del CDFa; y si tal resolución es condenatoria el art. 153 del Código Penal*³⁹⁰.

Por último, conviene recordar que la Disposición Transitoria Sexta del CDFa³⁹¹ permite solicitar la custodia compartida por uno de los progenitores como medio de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior, y ello durante un año desde la entrada en vigor de la ya derogada Ley 2/2010, es decir, desde el 8 de septiembre de 2010.

Dicha disposición ha sido interpretada por el TSJ Aragón³⁹² en el sentido de que la citada posibilidad de revisión que ofrece la Disposición Transitoria Primera no implica una revisión automática y obligatoria sino que permite solicitar la revisión “*en el plazo de un año para todas las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción*”. Justifica dicha postura afirmando que “*legislador aragonés parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la*

³⁹⁰ SSTSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 2 Julio 2013, rec. 7/2013 (ROJ: STSJ AR 962/2013) y 19 Marzo 2014, rec. 47/2013 (ROJ: STSJ AR 285/2014). SAP Huesca, Civil, Sección 1ª, 23 Sept. 2015, rec. 127/2014 (ROJ: SAP HU 244/2015).

³⁹¹ La Disposición Transitoria Sexta del CDFa establece que:

“1. Las normas de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

2. La solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar desde el 8 de septiembre de 2010”.

³⁹² STSJ, Civil, Sección 1ª, 13 marzo 2013, rec. 55/2012 (ROJ: STSJ AR 12/2013).

que se permitía que fueran sometidas a revisión aquellas medidas”. Si bien, concluye que ello no significa que se produzca una revisión automática y, en consecuencia, una modificación de las custodias anteriores sino se trata “de una posibilidad sujeta a la valoración de los Tribunales, sin necesidad de acreditar cambios sustanciales respecto a las circunstancias tenidas en cuenta en cada proceso”.

Sin embargo, se ha añadido³⁹³ que la Disposición Transitoria Sexta no se opone a que puedan ser formuladas demandas de modificación de medidas que tengan por objeto el cambio del sistema de guarda de menores una vez transcurrido el plazo en ellas señalado, y al efecto el TSJA³⁹⁴ manifestó que “la norma contenida en la Disposición Transitoria no establece un plazo preclusivo para ejercitar la pretensión de custodia compartida”.

Así pues, cuando la solicitud de modificación de medidas quede fuera del automatismo previsto en la citada Disposición Transitoria Sexta, estará sometida al régimen general del art. 775 de la LEC, en relación con los arts. 77 y 79 bis del CDFa, de modo que quien la solicita deberá alegar y probar una alteración en las circunstancias en la que, no se trata de ver si es sustancial, sino relevante, esto es, si concurren o no aquellas causas y circunstancias que por su significación y trascendencia justifican la modificación³⁹⁵.

Podemos concluir afirmando que a pesar de que el régimen de custodia compartida es el preferente y predeterminado por el legislador aragonés, la jurisprudencia, sin desconocer dicha prioridad legal, la ha matizado al manifestar que el interés del menor es prevalente en el momento de establecer el sistema de su guarda y custodia, siendo dicho interés un concepto jurídico indeterminado, que en cada caso es necesario determinar, evitando siempre eventuales arbitrariedades³⁹⁶.

³⁹³ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 26 Mayo 2014, rec. 13/2014 (ROJ: STSJ AR 646/2014).

³⁹⁴ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 13 Marzo 2013, rec. 55/2012 (ROJ: STSJ AR 12/2013).

³⁹⁵ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 22 Dic. 2015, rec. 348/2015 (ROJ: SAP Z 2525/2015).

³⁹⁶ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 3 Feb. 2016, rec. 57/2015 (ROJ: STSJ AR 87/2016), 9 Junio 2016, rec. 10/2016 (ROJ: STSJ AR 460/2016).

Finalmente, consideramos interesante recoger las estadísticas que el Instituto Nacional de Estadística publicó en relación con las custodias concedidas en la Comunidad Autónoma de Aragón en los años 2013, 2014 y 2015³⁹⁷. Hemos recogido los datos en dos tablas, distinguiendo entre las separaciones y divorcios entre cónyuges de diferente sexo y según cónyuge que debe ejercer la custodia.

Podemos observar, que se va aplicando progresivamente el régimen de custodia compartida, no obstante, sigue sin hacerse de forma automática, a pesar de la preferencia que le otorga el legislador. Sigue siendo mayor el número de custodias concedidas a favor de un progenitor, normalmente, la madre.

El TSJ Aragón, en sentencia de 13 Enero 2016, rec. 39/2015 (ROJ: STSJ AR 4/2016), manifestó que *“la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso”*.

³⁹⁷ <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=06013.px>
<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=03014.px>
Consulta 11/10/2016.

SEPARACIONES entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede
2015						
TOTAL	4.642	124	1.655	605	3	2.255
ARAGÓN	129	3	41	29	0	56
2014						
TOTAL	5.025	122	1.915	528	7	2.453
ARAGÓN	113	6	36	15	0	56
2013						
TOTAL	4.896	138	2.062	465	3	2.229
ARAGÓN	109	9	42	17	1	39
DIVORCIOS entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia						
TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede	
2015						
TOTAL	95.685	2.586	35.387	12.469	188	45.055
ARAGÓN	2.835	69	900	501	4	1.361
2014						
TOTAL	99.882	2.838	39.116	11.401	225	46.302
ARAGÓN	2.374	49	804	417	14	1.090
2013						
TOTAL	94.885	2.804	38.360	9.032	167	44.522
ARAGÓN	2.143	55	745	330	6	1.007

3.3.- LA LEGISLACIÓN CATALANA.

3.3.1. Introducción.

Poco después de la entrada en vigor de la Ley aragonesa, en Cataluña se aprobó la Ley catalana 25/2010³⁹⁸, de 29 de julio, por la que se modificaba el Libro II del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), relativo a la persona y a la familia, regulando los efectos de la nulidad, separación y divorcio en el extensísimo art. 233.

Antes de la aprobación del nuevo CCCat, el Código de Familia de 1998³⁹⁹ no regulaba expresamente la custodia compartida, no obstante, tampoco lo prohibía.

El libro II del Código Civil regula dos importante innovaciones en el Derecho de Familia de Cataluña, ambas manifestaciones de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad. Una es el establecimiento, como regla general, del ejercicio compartido de las responsabilidades parentales en general y, en particular, de la guarda del menor, atendiendo siempre al interés superior del mismo. Y la otra es la creación del Plan de Parentalidad, como instrumento incorporado a los procesos matrimoniales, en el cual se recogerá la forma en que los progenitores van a ejercer las responsabilidades parentales.

La terminología usada por el legislador catalán también es diferente. Así se utiliza el término de “potestad parental”⁴⁰⁰, como concepto de patria potestad; “plan de parentalidad”, como equivalente al plan de relaciones familiares de Aragón y, “ejercicio de la guarda conjunta e individual”. Sólo se refiere a la “guarda compartida o distribuida”, cuando regula la atribución del uso del domicilio.

³⁹⁸ Ley 25/2010, de 29 de Julio del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (BOE nº 203, 21/08/2010).

³⁹⁹ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. BOE nº 198, 19/08/1998.

⁴⁰⁰ En efecto, el Código Civil de Cataluña, en lugar de patria potestad, utiliza el término potestad parental, institución que regula en el Capítulo VI, del Título III del Libro Segundo dedicado a “La persona y familia”, determinando en su art. 236.17.1 “*Los progenitores en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, educarlos y proporcionarles una formación integral. Los progenitores tienen también el deber de administrar el patrimonio de los hijos y representarlos*”.

Aunque del Preámbulo y del articulado de la Ley pareciera desprenderse la preferencia del legislador por el modelo de la guarda y custodia compartida, el Legislador catalán, a diferencia del aragonés y del valenciano, no fija este modelo como preferente a falta de acuerdo entre los progenitores.

Se afirma en la Exposición de Motivos que el mensaje del Libro segundo es el de favorecer las fórmulas de coparentalidad y que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades compartidas reflejan materialmente el interés del hijo en continuar una relación estable con ambos progenitores. Y así, en el propio Preámbulo de la Ley 25/2010 se señala que al regular la responsabilidad de los progenitores hacia los hijos “*se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos se han de apartar de uno para encomendarlos individualmente al otro*” y que se asume que “*la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos*”.

El CCCat se ha decantado por una fórmula un tanto ambigua al establecer que la responsabilidad parental debe ejercerse, en la medida de lo posible, conjuntamente (art. 233-8, 2º CCCat).

Encontramos autores, como VIÑAS MAESTRE⁴⁰¹ o MAZA DOMINGO⁴⁰², que defienden la neutralidad del Código Civil Catalán a la hora optar o elegir un modelo concreto de guarda y custodia frente a otras opiniones, como las de CAMPO

⁴⁰¹ VIÑAS MAESTRE D. “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda” en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2012, Barcelona 2012, p. 8, determina que “*el Código Civil Catalán no fija como preferente el modelo de guarda compartida*”. www.indret.com. Consulta 30/01/2015.

⁴⁰² MAZA DOMINGO J. “Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010 de 29 de Julio del Libro segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y familia II” en Boletín de Derecho de Familia El Derecho, nº 112, 1 Mayo 2011, Edit. Lefebvre-El Derecho, S.A. (EDB 2011/32795), determina que “*el camino escogido por el Código Civil de Cataluña, nada tiene que ver con el régimen de custodia compartida establecido en el artículo 6 de la Ley Aragonesa. En el Código Civil catalán todo se dice de una manera más difusa*”. p.4

IZQUIERDO⁴⁰³, que consideran que, a pesar de la supuesta falta de rotundidad del legislador catalán, éste muestra su clara preferencia por el modelo de guarda y custodia compartida.

En esta línea, hay Tribunales⁴⁰⁴ que consideran que el legislador claramente parte del criterio preponderante de que la guarda debe ser compartida, pero, en el sentido de que esa guarda lo que significa es que ambos progenitores tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos, lo cual no implica que los periodos de estancias que los padres deban tener con sus hijos sean igualitarios, sino que habrá de estarse a cada caso concreto y en atención a los criterios que el legislador establece y, lógicamente, a cualquier otro relevante para el mejor bienestar del hijo.

El art. 233.8 CCCat bajo la rúbrica “responsabilidad parental” y en el capítulo dedicado al cuidado de los hijos, expresamente dispone que la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges no altera las responsabilidades que los progenitores tienen respecto a los hijos de acuerdo con el art. 236.17 CCCat . Esto es, permanece inalterable el deber de cuidar a los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral y su cumplimiento se identifica con la observancia de las responsabilidades parentales. Esta obligación viene ya establecida en el 231-2-2 CCCat que expresamente señala que *“los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes, especialmente el cuidado y atención de los demás miembros de la familia que estén a su cargo y convivan con ellos, y deben compartir las responsabilidades domésticas”*.

Por su parte, el art. 233.10.2 bajo la rúbrica “el ejercicio de la guarda” dispone que *“la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233.8.1 Sin embargo la*

⁴⁰³ CAMPO IZQUIERDO A. L, 4ª ponencia “Jornadas sobre guarda y custodia compartida”, organizadas por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Granada, celebradas en Granada los días 18 y 19 de Octubre de 2012. <http://asociacion-avilegen.blogspot.com.es/2012/10/video-completo-jornadas-custodia.html>. Consulta 4/09/2016.

⁴⁰⁴ SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 17 Marzo 2016, rec. 40/2016 (ROJ: SAP GI 194/2016).

autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”.

Es, pues, la guarda compartida la modalidad de custodia preferida pero no es la modalidad preferente pues sólo se acordará si es posible. Esta preferencia frente a la guarda individual sólo se dará si las circunstancias concurrentes en cada caso avalan su adopción, de modo que deberá ceder si es contraria al interés del menor

3.3.2. Ámbito objetivo y finalidad.

La Sección Segunda del Capítulo III, relativa a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio o de la separación judicial tiene como objeto intentar definir de qué manera se ejercerá la potestad parental.

El Preámbulo de la Ley dice no querer imponer una modalidad concreta de organización sino “animar” a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura.

El legislador catalán recoge el principio del superior interés del menor cuando se dice que *“en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés de los hijos por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores”*. Así mismo, como ya hemos dicho, el art. 233-9 establece que *“la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, ha de atender de forma prioritaria el interés superior del menor”*.

Sin embargo, a pesar de establecer el carácter compartido de las responsabilidades parentales como regla general, no se establece de forma positiva el carácter preferente del modelo de guarda y custodia compartida sino que entendemos que otorga libertad al juzgador para adoptar el modelo de guarda más adecuado a las circunstancias concretas de cada caso. Criterio que no solo compartimos sino que

defendemos como único medio de satisfacer verdaderamente el interés superior del menor.

Para facilitar los acuerdos, se contemplan dos instrumentos: el plan de parentalidad, en el que se regula minuciosamente el modo de ejercicio de la guarda, y la mediación, institución por la que apostó Cataluña desde de Ley 1/2001⁴⁰⁵, de 15 de marzo, de Mediación familiar de Cataluña.

Finalmente, el Código Civil de Cataluña en su art. 233.12, regula las relaciones de los menores con sus abuelos y hermanos y establece que si *“los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlo, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando éstos den su consentimiento”*.

3.3.3. La custodia compartida y el interés del menor.

Desde el punto legislativo el art. 233-8 CCCat orienta hacia un régimen compartido de las responsabilidades parentales, pero no es menos cierto que el mismo precepto establece que en el ejercicio de la misma se ha de atender prioritariamente al interés de los menores, lo que implica que debe evaluarse, como no podría ser de otro modo, caso por caso donde radica dicho interés.

A la hora de establecer el sistema de guarda de los menores, en caso de crisis familiar, debe atenderse siempre al superior interés de los niños, que debe ser el principio rector tanto para la actuación de ambos progenitores, como para la toma de decisiones por los Tribunales, y en ese sentido se pronuncia el art. 211.6.1 CCCat.

Sin embargo, a pesar de lo afirmado, para algunos Tribunales⁴⁰⁶, para que precisamente prime ese interés del menor debe tenerse en cuenta que, actualmente y

⁴⁰⁵ BOE nº 91, 16/04/2001.

⁴⁰⁶ Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 22 Abril 2016, rec. 925/2014 (ROJ: SAP B 3332/2016), *“la guarda compartida lleva consigo varias consecuencias. No se trata únicamente de un reparto del tiempo*

ante la evolución social de los roles masculinos y femeninos en la atención a los hijos y la igualdad de hombres y mujeres, la normalidad debe ser la custodia compartida, que en ningún caso debe considerarse excepcional.

No obstante, para el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁰⁷ el interés superior de los hijos sigue siendo “*el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida*”. Añadiendo que a pesar de las “*indudables ventajas*” que presenta la custodia compartida “*para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar*”, no puede afirmarse que la misma constituya “*una solución única que valga para todos y en todo caso*” como tampoco puede afirmarse de un “*sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio*”, por lo que resulta necesario “*examen específico en cada caso*”. Concluyendo que el legislador tampoco “*ha instaurado la guarda y custodia compartida como sistema preferente en materia de guarda y custodia*”.

Estamos de acuerdo con todas las bondades que se predicán de la custodia compartida⁴⁰⁸ pero no podemos compartir que de ese conjunto de beneficios pueda concluirse que la custodia compartida debe considerarse como el régimen preferente en caso de ruptura familiar. Por ello, mantenemos que ni la custodia compartida puede ser considerada una situación excepcional frente a la custodia monoparental ni tampoco puede la guarda compartida prevalecer sobre ésta y ello, porque el interés del menor es el único criterio que debe ser preferente a la hora de optar por un régimen de guarda u otro.

sino de una cooperación de ambos progenitores a la hora de hacer efectivo el bienestar de la hija, en base a un plan de parentalidad, que ambos deben cumplir, tal como exige el art. 233.9 CCCat “

⁴⁰⁷ SSTSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 8 Marzo 2010, rec. 47/2009 (ROJ: STSJ CAT 3129/2010), 20 Dic. 2010, rec. 108/2010 (ROJ: STSJ CAT 9941/2010), 16 Junio 2011, rec. 15/2011 (ROJ: STSJ CAT 6917/2011), 26 Julio 2012, rec. 206/2011 (ROJ: STSJ CAT 8896/2012), 23 Feb. 2012, rec. 132/2011 (ROJ: STSJ CAT 1943/2012) y 25 Mayo 2015, rec. 162/2014 (ROJ: STSJ CAT 8099/2015).

⁴⁰⁸ SSAP Barcelona, Civil Sección 18ª, 20 Feb. 2007, rec. 1002/2005 (ROJ: SAP B 1/2007) y 23 Dic. 2009, rec. 56/2009 (ROJ: SAP B 14406/2009).

3.3.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia —compartida o individual— de los hijos menores.⁴⁰⁹

El libro II facilita al efecto, por vez primera, una serie de criterios a considerar por la autoridad judicial en caso de desacuerdo entre los progenitores, criterios que sirven para identificar el superior interés del menor.

Vienen recogidos en el art. 233-11 el cual tiene dos apartados: En el primero establece una serie de circunstancias que deben ser ponderadas conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. En el apartado segundo, no como un criterio más a considerar junto con los anteriores, sino como norma cuyo abandono debe ser conveniente justificado y razonado, dispone que en la atribución de la guarda no se separe a los hermanos. Concretamente establece el art. 233.11.2 que “*en la atribución de la guarda no pueden separarse a los hermanos salvo que las circunstancias lo justifiquen*”.

La ley no da en principio preferencia a ninguno de los criterios mencionados, que serán valorados por los Tribunales en cada caso, aunque de la Exposición de motivos se deriva una preferencia en el sentido de dar continuidad al modelo de familia preexistente, es decir, por acordar un modelo de guarda que se parezca lo máximo posible a la organización familiar anterior.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴¹⁰, tras recordar que el único criterio a tener en cuenta es el interés del menor en cada caso, ha afirmado que aunque de *lege ferenda* pueda construirse la custodia compartida como solución preferencial, los juzgadores han de tener en cuenta determinadas circunstancias que “*esta Sala ha valorado como criterios relevantes*” para resolver la cuestión relativa a la guarda y custodia en razón del superior el interés del menor, tales como, las actitudes previas de padre y la madre en relación con el cuidado de los hijos, la dinámica del sistema de

⁴⁰⁹ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 6 Abril 2016, rec. 810/2014 (ROJ: SAP B 3297/2016).

⁴¹⁰ SSTSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 6 Feb. 2012, rec. 98/2010 (ROJ: STSJ CAT 1941/2012) y 23 Feb. 2012, rec. 132/2011 (ROJ: STSJ CAT 1943/2012).

guarda que se venga siguiendo, los acuerdos habidos entre los litigantes, y la opinión de los menores, criterios, entre otros, recogidos en el art. 233-11 del Libro II del CCCat.

Sin embargo, se ha matizado dicha postura al concluir que no es necesario que se den en todo caso *“todos los criterios ni tampoco que el tribunal debiera examinar todos ellos ante cada supuesto en concreto, como si se tratase de un listado de supuestos taxativos y de forzosa y legal observancia, sino que atendido uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida en función de todas las circunstancias concurrentes”*⁴¹¹.

El “sustrato” de todos los criterios que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no puede ser otro que la estabilidad del menor que es lo que en mayor medida puede apoyar su mayor beneficio, criterio que debe dirigir la actuación de los Tribunales. Entendemos que de acuerdo con dichos criterios la prioridad ha de situarse siempre en las necesidades emocionales, educativas y de crecimiento y desarrollo integral de los menores, que priman en todo caso respecto de los intereses de los progenitores, porque el eje se sitúa en su propio interés.

Por tanto, en aplicación del CCCat, ante una propuesta de guarda compartida convenida o con oposición del otro progenitor deberá decidirse por la autoridad judicial si es este el modelo de custodia más beneficioso para el hijo. Y de no serlo, se acudirá a la guarda individual con el correlativo derecho del otro progenitor a un régimen de relaciones personales que también se determinará ponderando los criterios del art. 233.11.CCCat.

Así pues, para determinar el régimen de ejercicio de la guarda y custodia, el Juez dispone de una serie de criterios que debe ponderar conjuntamente, como son:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada progenitor, y las relaciones con las demás personas que convivan en los respectivos hogares.

⁴¹¹ STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 6 Feb. 2012, rec. 98/2010 (ROJ: STSJ CAT 1941/2012).

El CDFA, la Ley de Navarra y la Ley de Valencia hablan del arraigo familiar y el CCCat establece como uno de los criterios a ponderar a la hora de optar por el régimen de guarda más beneficioso para los hijos la vinculación emocional que éstos tienen no solo con sus progenitores sino también con aquellas personas que conviven en sus respectivos hogares.

Esta referencia a la vinculación del menor con otras personas que convivan en los hogares respectivos, contempla la posibilidad de que en los núcleos de convivencia existan hijos de uno de los progenitores con el que el menor ha venido conviviendo o la nueva pareja de cualquiera de los progenitores y sus hijos en su caso, o bien parte de la familia extensa, abuelos etc., lo que deberá ser también valorado de forma complementaria.

El criterio de la vinculación afectiva es recogido en varias sentencias⁴¹², para adoptar o denegar la guarda alternada, pero, generalmente, como un criterio complementario y no como prioritario, supeditado a otros criterios o parámetros. Lo que se deriva asimismo del sentido común, pues la vinculación afectiva viene determinada por el tipo de relación existente entre cada progenitor y el menor, el tiempo de dedicación y la capacidad parental⁴¹³.

Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona ha optado, en algunos casos, por mantener la custodia monoparental en atención a que la madre tenía una mayor vinculación afectiva con su hija, fruto de su mayor dedicación, y que venía desarrollando adecuadamente las funciones de su guarda y custodia desde el cese de la

⁴¹² SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 11 Marzo 2016, rec. 729/2014 (ROJ: SAP B 2120/2016). SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 6 Abril 2016, rec. 784/2015 (ROJ: SAP GI 258/2016). Para la SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 29 Sept., 2015, rec. 204/2015 (ROJ: SAP T 1092/2015), la vinculación afectiva de cada hijo con uno de los progenitores no se presenta como un obstáculo para separar a los hermanos.

⁴¹³ La SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 20 Dic. 2013, rec. 978/2012 (ROJ: SAP B 16150/2013) denegó la custodia compartida ya que *“en estos momentos no presenta ningún vínculo afectivo con la figura materna, y su relación con ella es pobre tanto a nivel emocional como en cuidados y atenciones, ya que la madre dispone de poco tiempo para atenderla y delega en terceras personas ajenas al entorno de la niña, por lo que se le ha de dar tiempo lenta y progresivamente para poder integrar en su vida la figura materna y la nueva situación”*.

convivencia conyugal⁴¹⁴; mientras que, en otros casos, ha mantenido la custodia compartida en base a varios criterios que valora conjuntamente, como son “*la proximidad entre los domicilios de ambos progenitores; la capacidad parental de ambos; la vinculación afectiva y la estrecha relación que la menor mantiene con ambas figuras parentales; y los horarios laborales que permiten a ambos progenitores asumir el cuidado de la hija*”⁴¹⁵.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

La capacidad parental para procurar el bienestar del hijo y ofrecerle un entorno estable y adecuado es un criterio decisivo para decidir el modelo de guarda más beneficioso para el menor. Pero, por capacidad parental no debe entenderse la posibilidad de estar en compañía de los hijos, sino que entendemos que se trata de asumir la importante tarea que implica, en el seno familiar, la llevanza y crianza del día a día, y fundamentalmente a asegurar, como hemos dicho, las necesidades emocionales, educativas y de crecimiento y desarrollo integral de los menores.

Con carácter general, los Tribunales parten de que ambos progenitores presentan la misma aptitud o capacidad parental⁴¹⁶ que el otro progenitor, mientras no quede acreditada la incapacidad, imposibilidad y/o indisposición de cualquiera de ellos. Ha habido resoluciones judiciales que no han establecido el sistema de guarda compartida⁴¹⁷ valorando, exclusivamente, la falta de capacidad parental de los

⁴¹⁴ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 22 Abril 2016, rec. 853/2014 (ROJ: SAP B 3334/2016). En el mismo sentido SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 14 Abril 2016, rec. 441/2015 (ROJ: SAP B 3455/2016).

⁴¹⁵ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 31 Enero 2008, rec. 433/2007 (ROJ: SAP B 2150/2008).

⁴¹⁶ SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 20 Nov. 2014, rec. 482/2014 (ROJ: SAP GI 1122/2014). SSAP Barcelona, Civil Sección 18ª, 1 Dic. 2014, rec. 884/2013 (ROJ: SAP B 13761/2014), 13 Enero 2016, rec. 25/2015 (ROJ: SAP B 380/2016) y 18 Feb. 2016, rec. 700/2014 (ROJ: SAP B 2072/2016).

⁴¹⁷ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 29 Enero 2015, rec. 573/2013 (ROJ: SAP B 236/2015): En este caso, mediante Auto de 11 de marzo de 2009 se dictaron medidas previas otorgando la guarda del hijo menor al padre, por hallarse la madre descompensada y sin capacidad de cumplir adecuadamente sus obligaciones en el ejercicio de la guarda. Posteriormente las partes pactaron un convenio el 22 de abril de 2009 en que acordaron que ejercerían la guarda compartida respecto a su hijo “*a partir del momento que resultara debidamente acreditado que habían desaparecido las circunstancias que afectaban a la madre*”. La madre estaba diagnosticada de trastorno bipolar y dependencia del alcohol. Tras la

progenitores mientras que otros casos la capacidad parental por sí sola no ha bastado para acordar la guarda compartida⁴¹⁸.

Para apreciar la capacidad de los padres resultará, en ocasiones, conveniente el informe del Equipo Técnico⁴¹⁹, pero también puede derivarse de otras pruebas como informes médicos psiquiátricos, psicológicos o sociales⁴²⁰.

En el CCCat, la disposición Adicional Sexta, en su punto 1º, permite al Juez solicitar dictámenes periciales relativos al régimen de guarda con la finalidad de averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores, o en otros miembros de la familia extensa que conviven con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales. Aunque también pueden tener por objeto *“comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse, y las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores”*.

Los informes deben ser realizados preferentemente por los especialistas de los equipos técnicos de apoyo judicial o de la clínica de medicina forense, pero si estos no pueden asumir la designación, la ley prevé que los dictámenes sean elaborados por profesionales designados por los colegios profesionales correspondientes.

exploración del menor éste expresó su voluntad de aumentar el contacto con el entorno de la madre. El informe psicológico desaconsejó la guarda compartida por la actitud negativa de la madre hacia el padre, hacia su pareja, la dificultad en la comunicación entre ellos, así como la fragilidad de la madre. En este caso un cambio de guarda se consideró un posible factor desestabilizador para el hijo, y por ello se desestimó la guarda compartida, si bien se aumentaron los contactos maternofiliales.

⁴¹⁸ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 14 Abril 2016, rec. 441/2015 (ROJ: SAP B 3455/2016).

⁴¹⁹ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 7 Nov. 2014, rec. 207/2014 (ROJ: SAP B 12525/2014).

⁴²⁰ La SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 18 Nov. 2015, rec. 315/2015 (ROJ: SAP B 11415/2015) tuvo en cuenta tanto el informe realizado por el centro académico como el informe remitido desde los Servicios Sociales e informe de la psicóloga que daba apoyo terapéutico a los hijos, para concluir que la custodia compartida de ambos progenitores mediante el sistema de casa nido no está resultando beneficioso para el desarrollo equilibrado de los hijos.

Así mismo, en la Disposición Adicional séptima, en su punto 5, se establece la posibilidad de que el juzgador pueda delegar al servicio técnico de apoyo judicial el seguimiento de las medidas adoptadas respecto al cumplimiento del régimen de relaciones personales y su supervisión.

Consideramos que dichos informes son fundamentales para el juzgador y que debiera contar con ellos en todo caso. Y ello, porque *“las relaciones jurídicas que se ventilan en los procesos de familia llevan ínsitas una inevitable carga emocional que los operadores jurídicos no pueden soslayar contemplando la resolución del conflicto exclusivamente desde un punto de vista jurídico. De igual forma hay que considerar el carácter evolutivo y dinámico de esta clase de relaciones que en ocasiones se aprecia en las variaciones que experimenta el propio proceso en sus diversas instancias y sobre todo en ejecución, siendo precisamente en esa fase donde se observa la obsolescencia de los instrumentos procesales ofrecidos por la Ley de Enjuiciamiento civil para solucionar las controversias que van surgiendo”*⁴²¹.

Siguiendo lo manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴²², *“se ha ido advirtiendo el papel cada vez más relevante de la intervención de profesionales no jurídicos, especialistas en la materia (...), como evaluadores de la situación familiar y asesores del juzgado (...) o incluso en casos conflictivos como supervisores de las medidas adoptadas judicialmente en el ejercicio de las facultades parentales de los padres en relación con los hijos menores”*.

Los Tribunales han acudido a los dictámenes periciales tanto para denegar⁴²³ como para conceder⁴²⁴ la guarda compartida, no siendo vinculantes para los mismos.

⁴²¹ SSAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 27 Oct. 2015, rec. 1020/2014 (ROJ: SAP B 10811/2015) y 26 Enero 2016, rec. 42/2015 (ROJ: SAP B 413/2016).

⁴²² STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 26 Feb. 2015, rec. 102/2014 (ROJ: STSJ CAT 551/2015).

⁴²³ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 29 Enero 2015, rec. 1178/2015 (ROJ: SAP B 1964/2015); SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 22 Enero 2016, rec. 162/2015 (ROJ: SAP GI 15/2016); SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 15 Abril 2016, rec. 661/2015 (ROJ: SAP T 434/2016) y SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 16 Feb. 2016, rec. 750/2015 (ROJ: SAP B 1047/2016).

⁴²⁴ SSAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 18 Dic. 2014, rec. 748/2013 (ROJ: SAP B 13526/2014) y Sección 18ª, 22 Dic. 2015, rec. 9/2015 (ROJ: SAP B 12527/2015). SAP Girona, Civil, Sección 1ª, 15 Oct. 2015, rec. 497/2015 (ROJ: SAP GI 1009/2015).

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

Muy acertadamente la Audiencia Provincial de Barcelona⁴²⁵ ha explicado dicho criterio en los siguientes términos: *“lo importante es valorar las necesidades evolutivas, formativas, relacionales de los hijos según su edad, teniendo en cuenta que los cambios de escenarios vitales son de dificultosa asunción por los menores si ambos progenitores no los viven y transmiten como beneficiosos para ellos. La adaptación de los hijos a nuevas situaciones sólo resulta beneficiosa si el padre y la madre saben respetarse, positivizar el uno la figura del otro, aceptar los principios y valores de cada uno y flexibilizar la necesaria relación que han de mantener mientras los hijos son pequeños. De otra forma no cabe hablar de custodia compartida sino de tenencia repartida que, en ocasiones, se ejerce como si de una custodia exclusiva por tiempo limitado se tratara y eso es tanto como olvidarse del superior interés de los hijos.”* Añadiendo que por ello el legislador ha puesto en valor como criterio la *“actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.*

Sin embargo, disentimos del criterio de esa Audiencia en cuanto que no consideramos que *“la custodia compartida es la mejor opción, ..., pero precisa de la actitud cooperadora de ambos progenitores”*. Como ya hemos reiterado la mejor opción es aquella que garantice el interés superior de menor en cada caso concreto, en cada familia, ningún régimen de guarda es mejor que el otro, aunque es cierto, que en todos los casos es precisa la actitud cooperadora de los progenitores.

La SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 18 Dic. 2014, rec. 994/2013 (ROJ: SAP B 13492/2014), mantuvo el modelo de guarda compartida establecido atendiendo fundamentalmente al informe del SATAF. Afirmando que este informe había sido emitido por un trabajador social que informaba y valoraba aspectos psicológicos que trascienden a su propio ámbito profesional y de actuación. No obstante el informe recogía elementos objetivos que permitían al tribunal valorar la situación familiar, social y personal de los hijos y también las habilidades parentales de ambos progenitores.

⁴²⁵ SSAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 29 Sept. 2015, rec. 192/2014 (ROJ: SAP B 11375/2015); 29 Sept. 2015, rec. 289/2014 (ROJ: SAP B 11378/2015); 18 Nov. 2015, rec. 315/2015 (ROJ: SAP B 11415/2015).

Normalmente, los padres que están en un proceso de ruptura difícilmente tendrán una buena relación. Consideramos que la custodia compartida requiere una mayor comunicación entre los progenitores sobre aspectos de la vida diaria del menor. Se requiere, por tanto, una mínima capacidad de diálogo entre ambos progenitores y, es por ello, que en multitud de resoluciones judiciales se ha denegado⁴²⁶ cuando se ha podido constatar un nivel o grado de conflictividad alto, pues las continuas discusiones y desencuentros impiden su viabilidad. No obstante, no han faltado Tribunales que han concedido⁴²⁷ la guarda compartida a pesar de la oposición o malas relaciones entre los

⁴²⁶ Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 13 Mayo 2015, rec. 1176/2014 (ROJ: SAP B 5059/2015) *“a lo largo de todo este procedimiento se ha puesto de manifiesto la existencia de una elevada conflictividad existente entre ambos progenitores. Los resultados del informe psicológico emitido, valorados conforme a la sana crítica, son concluyentes en el sentido de que en este caso no concurren los presupuestos necesarios para el establecimiento de la guarda compartida. Esencialmente, no concurre en este caso una situación de cooperación interparental responsable o bien de coparentalidad, pues la guarda compartida no es exclusivamente el reparto equitativo del tiempo de estancia de ambos progenitores con la menor, sino que precisa que exista entre ambos una relación de respeto mutuo y de colaboración, que no concurre en este caso. Los desacuerdos entre los progenitores abarcan todos los ámbitos formativos de su hija, desde el centro escolar hasta las cuestiones de salud, siendo decididas las actividades que realiza la menor de forma unilateral. El alto nivel de conflictividad que existe les impide poder coordinarse para acordar las cuestiones relativas a la menor, lo cual puede comprometer la estabilidad de la misma e, incluso, en el futuro su desarrollo emocional, como se ha puesto de manifiesto en el informe psicológico. Por último, tampoco existe una relación de confianza mutua entre ambos progenitores respecto a su capacidad de proporcionar un entorno adecuado a la menor”*.

En el mismo sentido SSAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 6 Sept. 2011, rec. 695/2010 (ROJ: SAP B 9958/2011); Sección 18ª, 27 Marzo de 2012, rec. 284/2011 (ROJ: SAP B 3077/2012) y 30 Abril 2015, rec. 1195/2014 (ROJ: SAP B 4825/2015). SAP Girona, Civil Sección 1 del 28 de febrero de 2014 (ROJ: SAP GI 132/2014).

⁴²⁷ La SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 8 Junio 2011, rec. 353/2010 (ROJ: SAP B 6978/2011) manuvo la guarda compartida establecida, *“habida cuenta de que el grado de conflictividad existente entre ambos progenitores no puede considerarse de grave o de algo que dichos progenitores no puedan superar, aunque sea acudiendo a algún tipo de terapia que les ayude a superar las desavenencias personales, las tensiones, a fin de poder sostener una adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés de sus hijos menores”*. SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 20 Enero 2012, rec. 19/2011 (ROJ: SAP B 2892/2012).

Para la SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 27 Julio 2012, rec. 349/2012 (ROJ: SAP GI 329/2012) *“ningún impedimento debe existir para el establecimiento del nuevo sistema el hecho de que exista conflictividad entre los progenitores, pues en cuanto al tema concreto del ejercicio de la guarda, tal conflictividad ninguna trascendencia tiene. La conflictividad puede dificultar no el ejercicio de la guarda, sino aquellas funciones más habituales y comunes relacionadas con el ejercicio de dicha guarda (compra de ropa, gestión de las actividades extraescolares, gestión de las visitas al médico, etc), pues bien, si se prevé que en dichas cuestiones pueden surgir conflictos, no cabe otra solución que distribuirlas entre ellos, y por ello la implantación del plan de parentalidad. Y si en cuestiones más trascendentales también existe conflictividad, también cabe la distribución de funciones de la potestad parental”*.

Para la SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 23 Enero 2013, rec. 466/2012 (ROJ: SAP T 85/2013) es necesario que *“los progenitores se comporten como adultos maduros y responsables, lo que debe producirse en interés del menor aunque las relaciones entre ellos no sea buena o se reduzca a lo imprescindible, pues el interés del hijo se impone sobre sus propias relaciones, y ese interés es el de*

progenitores manifestando que si bien la custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, ello no significa, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no resulta exigible una armonía que es incompatible en los casos de ruptura. Se ha argumentado que *“frente a la tendencia de los Tribunales a denegar la custodia compartida en los supuestos de relación conflictiva entre progenitores se está imponiendo la exigencia de capacidad de comunicación entre ambos. La denominada custodia conjunta o compartida requiere cierto grado de coparticipación y de coparentalidad, y para ello es preciso que se den unas condiciones personales mínimas en uno y otro progenitor que permitan prever una recuperación del diálogo. No es preciso ni debe exigirse una relación óptima, sino una capacidad mínima de relación y de comunicación sobre los aspectos referentes a los hijos comunes. Si no se dan estas mínimas condiciones difícilmente podrán establecerse las bases de una custodia compartida”*. Añadiéndose, que también se vienen distinguiendo diferentes grados de conflicto⁴²⁸ descartándose la guarda compartida en aquellos supuestos en los que los progenitores carezcan de capacidad absoluta de comunicación e incluso de reconocimiento de la otra figura parental⁴²⁹.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴³⁰ ha manifestado que a pesar de las ventajas que se pueden atribuir al régimen de custodia compartida, ésta no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema⁴³¹ entre los progenitores pero sin que ello signifique que deba descartarse frente a cualquier grado de conflictividad aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas, excluyéndose, en todo caso, en supuestos de violencia familiar o machista.

relacionarse lo más posible con ambos”. SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 6 Oct. 2014, rec. 452/2013 (ROJ: SAP T 1214/2014).

⁴²⁸ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 29 Dic. 2011, rec. 1107/2010 (ROJ: SAP B 12909/2011) y Sección 12ª, 21 Sept. 2011, rec. 1029/2010 (ROJ: SAP B 9978/2011).

⁴²⁹ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 25 junio 2013, rec. 639/2012 (ROJ: SAP B 9380/2013). SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 29 Sept. 2015, rec. 192/2014 (ROJ: SAP B 11375/2015).

⁴³⁰ STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 16 Junio 2011, rec. 15/2011 (LA LEY 154042/2011). STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 2 Oct. 2014, rec. 7/2014 (ROJ: STSJ CAT 9927/2014).

⁴³¹ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 11 Enero 2013, rec. 1040/2011 (ROJ: SAP B 1478/2013).

En conclusión, la guarda compartida exige del compromiso de ambos progenitores de garantizar el bienestar de sus hijos aportándoles un entorno adecuado para su edad y, sobre todo, la capacidad de cooperación entre ambos padres encaminada a conseguir la máxima estabilidad de los menores. Se precisa que ambos progenitores sean capaces de establecer vías de comunicación fluidas, por lo menos en lo que se refiere a sus hijos; que, asimismo, sean capaces de valorar positivamente el rol del otro progenitor en relación con los menores y que tengan estilos educativos paralelos o complementarios, de forma que la estabilidad de los menores resulte garantizada aún cuando cambie semanalmente de domicilio⁴³².

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar⁴³³.

Con este criterio el legislador catalán viene a positivar lo que ya había tenido en cuenta la jurisprudencia para ponderar el régimen de guarda más beneficioso para los menores.

De dicho criterio se deriva, la importancia que da el legislador al denominado criterio del cuidador primario o guardador principal y también al de continuidad, señalando en la Exposición de motivos de la ley catalana que se destaca este criterio como prioritario junto con el de la vinculación, manifestándose que *“no se olvida que las relaciones familiares en nuestra sociedad mantienen aún un alto grado de machismo. También se ha tenido en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales, tanto en la idiosincrasia de Cataluña como en la realidad de otras culturas que se han incorporado a la sociedad catalana. Por este motivo, se destacan como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura”*.

⁴³² SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 25 Marzo 2015, rec. 1285/2015 (ROJ: SAP B 2473/2015).

⁴³³ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 27 Dic. 2011, rec. 99/2011 (ROJ: SAP B 12084/2011). SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 23 Enero 2013, rec. 466/2012 (ROJ: SAP T 85/2013).

El factor de la dedicación pasada, en relación al tiempo que cada uno de los progenitores ha dedicado a la atención de los hijos con anterioridad a la ruptura, sólo se recoge como criterio de forma explícita en Cataluña y Valencia, pero tiene cabida en CDFA y la Ley de Navarra cuando hacen referencia a “*cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia*”.

Han sido mucho los Tribunales⁴³⁴ que han basado la atribución de la custodia a la madre en este criterio señalando que la organización familiar se regía por un modelo tradicional y destacando la conveniencia de que los menores sufran lo menos posible las consecuencias de la separación de sus padres y el mantenimiento de una regularidad y continuidad en su quehacer diario.

Aunque, para algunos Tribunales⁴³⁵, esta situación no debe valorarse sin más, ya que tras la ruptura, la familia debe adaptarse a las nuevas circunstancias, y un progenitor puede cambiar su actitud, implicarse más, o adaptar su horario laboral a la nueva situación. En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona⁴³⁶ estableció una guarda compartida, teniendo en consideración la voluntad de cambio y de aumentar el diálogo de las partes, así como que después del nacimiento de las hijas no se había producido un “*reparto tradicional de los roles paterno y materno*”, sino que ambos tenían disponibilidad, se habían implicado en el cuidado de las hijas, y ambos presentaban capacidades parentales adecuadas.

⁴³⁴ La SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 11 Marzo 2008, rec. 43/2007 (ROJ: SAP B 13343/2008) descartó la custodia compartida por este motivo, pese a concurrir los demás indicadores favorables para otorgarla. SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 14 Junio 2011, rec. 670/2011 (ROJ: SAP B 9064/2011); SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 6 Abril 2010, rec. 664/2009 (ROJ: SAP GI 497/2010); SSAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 21 Enero 2015, rec. 1110/2013 (ROJ: SAP B 393/2015) y 3 Feb. 2015, rec. 1090/2013 (ROJ: SAP B 2116/2015); SAP Lérida, Sección 2ª, 16 Marzo 2016, rec. 376/2015 (ROJ: SAP L 225/2016) y la SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 11 Marzo 2016, rec. 729/2014 (ROJ: SAP B 2120/2016) que mantuvo la guarda a favor de la madre pues era ésta “*quien cuidaba de los menores antes de la separación ya que no trabajaba, mientras que el padre sí lo hacía en sus negocios familiares. No cabe duda, que ha sido la madre ahora demandante, quien desde el nacimiento de los menores, el mayor de ellos cuenta ya con doce años de edad, ha cuidado personalmente de ellos, encargándose de todo lo relativo al mantenimiento y formación de los mismos*”.

⁴³⁵ SAP Gerona, Civil, Sección 2ª, 20 Marzo 2015, rec. 66/2015 (ROJ: SAP GI 511/2015).

⁴³⁶ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 28 Nov. 2014, rec. 670/2013 (ROJ: SAP B 12274/2014).

Pensamos que no se trata de cuestionar la capacidad parental de los progenitores ni tampoco se descarte que, efectivamente, uno de ellos atendiera y cuidara a los menores durante la convivencia en pareja. Lo que se pretende, es poner de manifiesto quien de forma mayoritaria y principal ha asumido el cuidado y atención de los mismos⁴³⁷.

e) La opinión expresada por los hijos⁴³⁸

El CCCat recoge, como criterio a ponderar por el juzgador, la opinión expresada por los hijos, sin precisar su edad, a diferencia de otros legisladores forales, aunque, en su art. 211-6-2, establece que el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural, y en todo caso si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de adoptar una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.

En similar sentido se pronuncia el art. 5-4 de la Ley 14/10⁴³⁹, de 27 de mayo, cuando indica que para determinar cuál es el interés superior del niño o adolescente hay que tener en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, y también su individualidad dentro del marco familiar y social, y el art. 7 de esta Ley regula igualmente su derecho a ser escuchados.

⁴³⁷ Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 26 Mayo 2016, rec. 317/2015 (ROJ: SAP B 4646/2016) “*el juez ha de indagar tanto la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, como la "idoneidad" de la modalidad de ejercicio de la potestad y del sistema de custodia que se implante de tal forma que quede garantizado el superior interés del menor*”. Y entre las condiciones fijadas por la jurisprudencia, la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo al hijo es uno de los factores a tener en cuenta. En dicha sentencia dicho factor constituyó un elemento impeditivo de la custodia compartida.

⁴³⁸ Para la SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 3 Oct. 2014, rec. 430/2014 (ROJ: SAP GI 956/2014) no admitió una modificación del régimen de custodia atendiendo a que la hija menor tenía “*16 años de edad, suficiente para decidir lo que ella prefiera, sin que sea pertinente un cambio radical de la guarda sin oír-la*”. En el mismo sentido la SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 26 Marzo 2015, rec. 37/2015 (ROJ: SAP B 2489/2015). SAP Lérida, Civil, Sección 2ª, 16 Marzo 2016, rec. 376/2015 (ROJ: SAP L 225/2016). SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 8 Abril 2016, rec. 639/2015 (ROJ: SAP T 439/2016).

⁴³⁹ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE nº 156, 28/06/2010).

Es indudable que la opinión de los menores ha de ser conocida, y debe tomarse en consideración, pudiendo servir de importante ayuda para adoptar, junto con los demás medios de prueba, la decisión más acertada en cada caso. No obstante, como ya hemos afirmado, la necesidad de que los menores sean oídos no puede necesariamente traducirse en que sea su voluntad la que haya de imponerse en todo caso, en primer lugar porque no es a ellos a quien corresponde tomar la decisión sobre algo tan trascendente, y en segundo lugar porque no hay que confundir los anhelos y el deseo del niño o del adolescente con el principio del *favor filii* y superior interés del menor que ha de presidir este tipo de decisiones tan relevantes.

El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. En otro caso se incurriría en el riesgo de convertir a los menores en sujetos y en objetos de la disputa de sus padres.

Así lo determina con claridad el citado artículo que obliga a una ponderación conjunta de los criterios contemplados, siendo el único prevalente el del superior interés del menor. En este sentido, entendemos que no es baladí que la opinión de los menores conste en el quinto lugar de dicho artículo.

De este modo, los Tribunales deben valorar el contenido de la audiencia del menor conjuntamente con otros factores ya que en ocasiones la voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso. Naturalmente no cabe desconocer, sin la ponderación de los otros criterios contemplados en la norma, y la debida justificación o especial motivación, los deseos de los menores, cuando, tiene suficiente juicio.

En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁴⁰ ha manifestado que no cabe desconocer los deseos de los menores siempre que “ *a) su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida*

⁴⁴⁰ SSTSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 9 Enero 2014, rec. 95/2013 (ROJ: STSJ CAT 5/2014), 4 Mayo 2015, rec. 136/2014 (ROJ: STSJ CAT 5647/2015) y 25 Mayo 2015, rec. 162/2014 (ROJ: STSJ CAT 8099/2015).

por la conducta o la influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y c) que no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores....”.

Podemos concluir, siguiendo a la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁴¹ que el derecho de los menores a ser oídos “*no puede equivaler al derecho de decidir*”. Que no siempre la posición de un menor “*coincide con su supremo interés que debe primar ante todo y ante todos al tomar una decisión tan relevante*” para el mismo. Que la voluntad del menor manifestada ante el juzgador no vincula ni condiciona la decisión que éste adopte, debiendo valorarse “*todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, debiendo cerciorarse de que la voluntad del menor o de la menor, manifestada en la exploración, haya sido correctamente formada, que el menor o la menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos y valorar sus opiniones dentro del ... contexto de un procedimiento contencioso en el que el menor puede y suele encontrarse inmerso en un conflicto de lealtades*”. Finalmente añade, que en ocasiones “*se transmite a los niños y niñas la convicción de que pueden decidir sobre la custodia, delegando en ellos la responsabilidad de tomar dicha decisión, cuando, pese a ser mayores de doce años, no tienen ni la capacidad, ni la madurez, ni las condiciones ambientales o de entorno familiar adecuadas, para poder pronunciarse al respecto, lo que les genera mayor tensión y repercute negativamente en su formación*”.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento⁴⁴².

En el CCCat, se recoge como uno de los criterios a valorar los acuerdos que en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. En el mismo sentido se pronuncia el legislador navarro. No hay una

⁴⁴¹ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 9 Nov. 2010, rec. 1048/2009 (ROJ: SAP B 10009/2010).

⁴⁴² SSAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 8 Nov. 2011, rec. 787/2010 (ROJ: SAP B 15155/2011) y 9 de marzo de 2016 (ROJ: SAP B 2571/2016).

referencia expresa a los acuerdos post ruptura en el CDFA y en la Ley de Valencia pero, como hemos apuntado, puede encuadrarse dentro de la cláusula amplia que se recoge en ambas leyes “*cualquier otra circunstancia relevante*”.

La tendencia de los Tribunales ha sido mantener el modelo de guarda existente⁴⁴³ si funcionaba y no se evidenciaba perjudicial para los hijos menores, pues se vincula al mantenimiento de su estabilidad emocional. De esta manera los Tribunales tienden a acordar⁴⁴⁴ la custodia compartida, cuando este es el sistema de guarda establecido post ruptura, y no consta que sea perjudicial. A la inversa, se ha denegado⁴⁴⁵ la custodia compartida cuando se parte de una guarda monoparental que no ha resultado perjudicial.

Lo pactado por las partes puede ser adecuado, si bien puede ocurrir que en un primer momento no se hubiera pactado un régimen de guarda compartida para dar una rápida salida al posible conflicto entre las partes, lo cual no es óbice para que si concurren los requisitos necesarios, después pueda adoptarse dicha forma de guarda o a la inversa.

⁴⁴³ Para SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 11 Enero 2013, rec. 1040/2011 (ROJ: SAP B 1478/2013) deniega la custodia compartida atendiendo entre otros criterios a que “*las partes pues, en uso del principio de la autonomía de la voluntad y de las facultades que el Codi de Família en su artículo 76 les concedía, habían decidido libremente, conociendo perfectamente la situación, las circunstancias concurrentes y las necesidades de los hijos y posibilidades de cuidado de uno y otro, que fuera la madre la que mantuviera la custodia de los hijos comunes, con un amplio régimen de visitas que permitía mantener una frecuente y fluida relación entre padre e hijos. Este antecedente no debe ser ignorado en la medida en que los convenios siempre tienen una vocación de futuro como medio de regular las consecuencias de la ruptura*”.

⁴⁴⁴ La SAP, Civil, Sección 18ª, 8 Abril 2011, rec. 421/2010 (ROJ: SAP B 3851/2011), acordó la custodia compartida al existir un acuerdo verbal entre los progenitores que se había llevado a cabo durante un año sin que se hubiera alegado ni acreditado perjuicio para la menor y atendiendo a la organización familiar asumida por ambos progenitores después de la ruptura destacando la importancia que da el legislador catalán al denominado criterio de la continuidad.

⁴⁴⁵ SSAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 24 feb. 2015, rec. 965/2013 (ROJ: SAP B 2795/2015) y 19 Enero 2016, rec. 21/2015 (ROJ: SAP B 393/2016). Para SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 9 Dic. 2015, rec. 1189/2014 (ROJ: SAP B 12494/2015), “en el supuesto contemplado no se ha propuesto ni practicado prueba suficiente para que el Tribunal pueda o deba acordar una modalidad de guarda distinta a la que pactaron los padres en el momento de producirse la ruptura. El único dato que aparece claro es que en el momento de producirse la ruptura, diez meses antes del inicio del procedimiento, se firmó un convenio en el que se atribuyó la guarda a la madre y se pactó un régimen de relación. Estas medidas son las que ha acogido la sentencia, aunque con un fundamento diferente al que mantenemos en apelación. Entendemos que no procede modificar lo acordado por los propios progenitores por ausencia de datos o elementos que permitan valorar como adecuada al interés de la hija una modalidad de guarda distinta”.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores⁴⁴⁶.

Puesto que la medida de la guarda se adopta atendiendo de forma primordial al interés y necesidades del menor, hay que dar prioridad a su rutina diaria, horarios escolares, actividades que realicen, que pueden verse perturbadas con un régimen de guarda compartida si los domicilios de los padres no se encuentran en una misma población o hay una distancia entre ambos que entorpece la organización.

Se mantiene que la custodia compartida exige mayores sacrificios y un trabajo coordinado y mutua cesión, pero las bondades del sistema y el privilegio que ello supone para los hijos, debe conducir a los progenitores a solventar con generosidad todas las dificultades y a ambos a extremar el máximo rigor, en la asunción de las responsabilidades inherentes⁴⁴⁷.

Por lo demás, se viene entendiendo que el mero cambio de domicilio no ha de constituir una objeción importante por regla general y que debe darse prioridad a las necesidades afectivas de los hijos que requieren la presencia y acompañamiento de las dos figuras parentales, frente a la estabilidad o inamovilidad del espacio físico donde desarrollan su vida. La distancia entre los domicilios paterno y materno para que sea un impedimento determinante, ha de implicar que en la realidad es inviable⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ La SJVM Tortosa, Civil, Sección 4ª, 21 Mayo 2014, rec. 10/2014 (ROJ: SJVM T 23/2014) considera que *“lo más beneficioso para la niña, teniendo en cuenta su edad, los trabajos de ambos progenitores y la relación entre ambos es la fijación de una guarda y custodia compartida. Ello porque ninguno de los dos trabajos por su horario les imposibilita para ejercer la guarda o les favorece de manera absoluta con una total disponibilidad las 24 horas del día; además ambos han venido dedicándose al cuidado de la niña y son igualmente idóneos para continuar haciéndolo”*.

⁴⁴⁷ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 3 Dic. 2015, rec. 398/2014 (ROJ: SAP B 12196/2015).

⁴⁴⁸ La SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 29 Mayo 2014, rec. 342/2013 (ROJ: SAP B 4908/2014), estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación del padre y concluyó que no concurrían razones suficientes para denegar la pretensión del padre de guarda compartida, dado que ambos estaban implicados en el cuidado de su hija, dado que la distancia entre domicilios era sólo de 15 km, y acordó que las partes se sometieran a un proceso de mediación familiar para alcanzar un acuerdo acerca de cómo organizar el ejercicio compartido de la custodia.

Sin embargo, en otras ocasiones, la distancia entre los domicilios de los progenitores ha conllevado la no fijación de un sistema de guarda compartida⁴⁴⁹. También los horarios de trabajo y pernoctas fuera del domicilio se ha manifestado que no resulta viable establecer un régimen de guarda compartida⁴⁵⁰.

3.3.5. El plan de parentalidad.

El plan de parentalidad, recogido en el art. 233-9 CCCat, tiene el objetivo de *“concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.”*

La propuesta de plan de parentalidad, deberá aportarse por los progenitores tanto en los procesos de mutuo acuerdo como en los procesos contenciosos. Estamos ante un requisito de procedibilidad. A este respecto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña,⁴⁵¹ ha matizado la posibilidad de decretar la nulidad de las actuaciones al establecer que *“en el caso que el plan de parentalidad no se haya aportado durante el proceso ni con la demanda ni con anterioridad a dictar la sentencia ante el juez de instancia, hemos de concluir que el incumplimiento de la aportación del plan puede comportar la nulidad de las actuaciones, según las circunstancias del supuesto examinado, teniendo presente su trascendencia en relación con otros bienes o valores*

⁴⁴⁹ Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 6 Junio 2012, rec. 519/2011 (ROJ: SAP B 6831/2012), la distancia en este caso entre Blanes y Barcelona (residencia de las menores de 9 y 6 años) fue determinante para desestimar la pretensión del padre de fijar un régimen de guarda compartida por los desplazamientos que las menores deberían soportar, y estableció la improcedencia de visitas intersemanales con pernocta por el mismo motivo. También la SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 21 Abril 2015, rec. 192/2014 (ROJ: SAP B 3859/2015) denegó la custodia compartida en atención a la distancia de los domicilios de los progenitores manifestando que la distancia geográfica, 600 km, hace inviable un sistema de guarda compartida y 27 Julio 2015, rec. 685/2014 (ROJ: SAP B 8921/2015).

Por su parte la SAP Gerona, Civil, Sección 2ª, 14 Feb. 2011, rec. 651/2010 (ROJ: SAP GI 357/2011), rechazó fijar una guarda compartida en un caso en que las partes residían a 200 km. (uno en Peralada y el otro en Sant Sadurní d'Anoia), si bien se aumentaron los contactos de los hijos con el padre a tres fines de semana al mes.

⁴⁵⁰ SAP Lérida, Civil, Sección 2ª, 5 Mayo 2014, rec. 607/2013 (ROJ: SAP L 387/2014).

⁴⁵¹ STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 7 Abril 2014, rec. 78/2013 (ROJ: STSJ CAT 4200/2014).

más esenciales como son el interés superior del menor y la aplicación de principios como el de conservación de los actos procesales”.

El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercerán las responsabilidades parentales. Debe hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

Tal y como expresa el TSJC⁴⁵², el plan de parentalidad *“afectaría a los asuntos de la vida diaria del menor tanto del ámbito personal como patrimonial relacionados con la convivencia cotidiana que no puedan considerarse como hechos relevantes establecidos en los arts. 236.11. 6 y 236.12 CCCat”.*

El art. 233-9.2 CCCat determina el contenido mínimo que debe tener el citado plan⁴⁵³:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

Para NAVAS NAVARRO⁴⁵⁴, *“el legislador parece partir de la base de la dualidad de domicilios entre los cuales debe vivir el menor”* Añadiendo que *“también cabría la posibilidad de que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que viajan de un domicilio individual al familiar”.* Lo que a la citada autora le parece más equitativo para los hijos, criterio que no compartimos, por las razones que ya hemos expuesto en el capítulo 2. Y en este sentido se ha pronunciado el Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, que han recomendado que los progenitores deben

⁴⁵² STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 20 Marzo 2014, rec. 114/2013 (ROJ: STSJ CAT 3099/2014).

⁴⁵³ SSAP Girona, Civil, Sección 1ª, 28 Oct. 2015, rec. 385/2015 (ROJ: SAP GI 1045/2015) y 29 Enero 2016, rec. 615/2015 (ROJ: SAP GI 7/2016).

⁴⁵⁴ NAVAS NAVARRO, S. “Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)”, en Revista de derecho de familia nº 54. Edit. Lex Nova, SAU, Valladolid 2012, p.47. <http://portaljuridico.lexnova.es/temp/REV0047034.pdf>. Consulta 1/08/2016.

intentar fijar domicilios próximos para que el menor se pueda adaptar fácilmente y mantener su rutina en un contexto familiar, escolar y social⁴⁵⁵.

b) las tareas de las que deberá responsabilizarse cada progenitor en relación con las actividades cotidianas de los hijos,

c) cómo efectuar los cambios de guarda y en su caso cómo repartir los costes que generen,

d) el régimen de relación y comunicación con los hijos durante los periodos que un progenitor no los tenga consigo,

e) el régimen de estancias con los padres durante las vacaciones y fechas señaladas,

f) el tipo de educación y actividades extraescolares, formativas o de ocio,

g) la forma de compartir la información acerca de la educación, salud y bienestar de los hijos, y

h) la forma de decidir cuestiones relevantes de los hijos.

El plan puede prever la posibilidad de acudir a mediación, o la conveniencia de adaptarlo a las necesidades de las distintas etapas de la vida de los hijos.

El art. 233-3 establece que “*los pactos adoptados en convenio regulador han de ser aprobados por la autoridad judicial, salvo en los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos*”. En tal caso la autoridad judicial debe indicar los puntos a modificar y ha de fijar el plazo al efecto. Si las partes no formulan una propuesta o ésta no es aprobada, el juez deberá adoptar la decisión pertinente.

⁴⁵⁵ Col·legi Oficial de Psicòlegs de Catalunya. “Recomendaciones para la elaboración del plan de parentalidad”. Barcelona, 2011. p.4
<http://www.copc.org/documentos/files/seccions/GUIA%20PLANES%20DE%20PARENTALIDAD%20COPC.pdf>. Consulta 15/08/2016.

3.3.6. La violencia de género⁴⁵⁶.

El CCCat no configura el derecho del progenitor a relacionarse con sus hijos como un derecho absoluto e ilimitado, sino como un derecho-deber y por tanto como una facultad que tan solo puede ser ejercida en beneficio e interés de los hijos menores, de manera que puede ser suspendido o puede ser variada su modalidad de ejercicio en aquellos casos en que las relaciones pueden perjudicar al interés de los hijos menores o por justa causa.

El art. 233-11 en su punto 3 establece las causas tasadas en las que no procede atribuir la guarda a ningún progenitor, dando un paso más en relación con la legislación aragonesa ya que exige la existencia de sentencia firme. No basta con estar inmerso en un proceso penal como establece el Código Civil español, ni tampoco es suficiente que haya una resolución judicial en la que se recojan indicios de la comisión de los actos prescritos, sino que el legislador catalán exige la firmeza de la sentencia, siendo en este sentido más congruente con el derecho de presunción de inocencia que asiste a todo imputado mientras no sea condenado formalmente.

El citado artículo también recoge como criterio que excluye la guarda el caso de que un progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o podido ser víctima directa o indirecta. Tampoco se podrá atribuir la guarda al progenitor respecto del que haya indicios fundamentados de que ha cometido violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ La STSJC Civil, Sección 1ª, 14 Abril 2014, rec. 104/2013 (ROJ: STSJ CAT 4525/2014) rechaza la custodia compartida en un supuesto de violencia de género. La STSJC Civil, Sección 1ª, 19 Mayo 2014, rec. 20/2013 (ROJ: STSJ CAT 5531/2014) no estimó justificados los actos de violencia familiar. STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 21 Enero 2016, rec. 78/2015 (ROJ: STSJ CAT 465/2016). SAP Lérida, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2016, rec. 62/2016 (ROJ: SAP L 159/2016).

⁴⁵⁷ La SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 13 Enero 2016, rec. 1124/2014 (ROJ: SAP B 275/2016) mantuvo la guarda a favor del padre manifestando que se han dictado diversas resoluciones en los procedimientos penales seguidos a instancia de la parte apelante ninguna de las cuales ha sido condenatoria, habiéndose sobreseído los procedimientos penales y habiéndose dictado sentencia penal absolutoria del apelado. Por otra parte, argumentaba que ni se había alegado ni se acreditado de alguna forma, que los hijos hubieran podido ser víctimas directas o indirectas de los actos de violencia de género, circunstancia que se exige también para la concurrencia del precepto legal.

Resulta trascendental al respecto la jurisprudencia sentada por el Tribunal Superior de Cataluña⁴⁵⁸. Destaca dicho Tribunal que el legislador catalán no ha utilizado la terminología acuñada, entre otras, por la LO 1/2004, de 20 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁵⁹, y por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros⁴⁶⁰, como si que han hecho otros legisladores forales.

Como acertadamente dice el TSJ Cataluña no es lo mismo la violencia de género que la violencia machista *“porque mientras la primera apunta a la mujer, la segunda tiene a la familia como sujeto de referencia, aunque resulta inevitable reconocer que el medio familiar es el propicio para el ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género, sin que por sus respectivas peculiaridades puede afirmarse que aquella es solo una especie de esta.”*

En orden a la interpretación de lo dispuesto en el art. 233-11.3 CCCat, el TSJ Cataluña define la violencia machista como aquella *“que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado “; y violencia familiar como “la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida contra las mujeres y los menores de edad en el seno de la familia y perpetrada por miembros de la propia familia, en el marco de las relaciones afectivas y los vínculos del entorno familiar”.* Concluyendo que *“pese a que el art. 233-11.3 CCCat no contenga la precisión de que hacen gala las demás normativas autonómicas de derecho civil -en las que se habla de delitos “contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos”-, no cabe duda de que todas*

⁴⁵⁸ STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 12 Enero 2015, rec. 98/2013 (ROJ: STSJ CAT 543/2015).

⁴⁵⁹ BOE nº 313, 29/12/2004.

⁴⁶⁰ BOE nº 234, 30/09/2003.

ellas se refieren a las mismas conductas penales, lo que en definitiva nos remite al catálogo de las que son competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

Finalmente, señala que el art. 233-11.3 CCCat exige, como presupuesto indispensable de la prohibición legal, que los actos de violencia machista o familiar afecten directa o indirectamente, efectiva o potencialmente, a los hijos de cuya custodia se trate⁴⁶¹.

Al objeto de establecer cuando puede considerarse que el menor ha sido víctima indirecta de los actos de violencia, ha señalado dicho Tribunal que *“es suficiente con acreditar que los ha presenciado o que los ha percibido sensorialmente de cualquier otro modo, de manera que el menor haya tomado conocimiento o adquirido conciencia de ellos por sí mismo, es decir, que haya sido expuesto de cualquier forma a dicho tipo de violencia..., sin que en este sentido puedan excluirse a los menores de corta edad”*. Sin embargo, distingue entre actos graves de violencia y los de violencia estructural o habitual *“en los que la exposición del menor a sus efectos es prácticamente inevitable aun cuando no los haya presenciado o percibido por sí mismo”*, y los actos de violencia leves y puntuales *“en los que la determinación de si el menor ha sido o puede ser víctima de los mismos dependerá de las circunstancias del caso”*.

Para el TSJC, en este último caso, a los efectos de decidir sobre el régimen de guarda *“será necesario ponderar en interés del menor, especialmente, si la causa principal de dicha conflictividad y, en su caso, de las dificultades de comunicación entre los progenitores está relacionada con su enfrentamiento por el tipo de régimen de custodia del menor y si, en su caso, ha podido ser provocada artificiosamente y/o instrumentalizada intencionalmente por cualquiera de ellos para mediatizar o condicionar la decisión judicial”*. De modo que en tales supuestos, cuando no sea conveniente adoptar en interés del menor la custodia compartida, aconseja *“atribuir la custodia monoparental al progenitor que, teniendo en todo caso las aptitudes*

⁴⁶¹ La STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 12 Enero 2015, rec. 98/2012 (ROJ: STSJ CAT 543/2015) otorgó la custodia compartida por considerar que el menor no era víctima indirecta, dado que el episodio de violencia fue de carácter leve y en una sola ocasión. Sin embargo, la STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 1 Dic. 2014, rec. 7/2014 (ROJ: STSJ CAT 12011/2014) así como la SAP Barcelona, Civil Sección 12ª, 18 Sept. 2014, rec. 214/2014 (ROJ: SAP B 9422/2014) no concedieron la custodia compartida por haberse iniciado un proceso penal, considerando a los menores víctimas indirectas.

precisas para el cuidado del menor, garantice mejor la relación de este con el otro progenitor”. Concluyendo que la “prohibición legal del art. 233-11.3 CCCat no justifica, con carácter general, la exclusión absoluta del correspondiente régimen de relación, comunicación y estancias del menor con el progenitor excluido de la custodia, en cuya adopción deberán tenerse en cuenta las cautelas que vengan exigidas por el interés superior del menor”.

Por último, por lo que respecta a la posibilidad de cambiar la modalidad de guarda después de la entrada en vigor de la nueva legislación se han pronunciado los Tribunales⁴⁶² manifestando que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 25/2010 no autoriza sin más un cambio automático de la medida relativa al cuidado y guarda de los hijos menores, sino que permite una revisión. Y ello porque la nueva legislación no contempla la guarda compartida como modelo preferente, sino como modelo preferido. En este sentido argumentan que la sola introducción del art. 233-10 CCC, que regula el ejercicio de la guarda atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales (no sólo la llamada “guarda compartida”) no implica automáticamente que se deba variar, y por ello revisar, el sistema establecido en resoluciones anteriores⁴⁶³.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁶⁴ ha señalado que *“la DT 3ª.3 de la Llei 25/2010 permite modificar el régimen dispuesto por resolución judicial, con o sin convenio regulador, dictada bajo la legislación precedente (CF) a fin de adecuarlo a lo dispuesto en el art. 233-10 CCCat (y demás concordantes), con tal de que así lo solicite cualquiera de los progenitores y aunque no se haya producido una modificación de las circunstancias consideradas ab initio. Nótese de todas formas que la remisión expresa que dicha disposición transitoria (DT 3ª.3) contiene al art. 233-10 CCCat no podrá conllevar la automática implantación de la custodia compartida en aquellos supuestos en los que venía rigiendo la custodia individual o monoparental decidida bajo la vigencia del CF, puesto que en tales casos la autoridad judicial vendrá*

⁴⁶² SAP Barcelona 28 de febrero de 2014 (ROJ: SAP B 2803/2014). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 26 Sept. 2014, rec. 649/2013 (ROJ: SAP B 10784/2014).

⁴⁶³ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 27 Enero 2014, rec. 1094/2012 (ROJ: SAP B 1502/2014) y 30 Enero 2014, rec. 1130/2012 (ROJ: SAP B 1525/2014).

⁴⁶⁴ STSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 22 Mayo 2014, rec. 140/2013 (ROJ: STSJ CAT 5532/2014).

obligada, en todo caso y sin apriorismos, a chequear conforme a los criterios y las circunstancias previstas en el art. 233-11 CCCat si la modificación es beneficiosa para el menor afectado”.

En conclusión, a pesar de que la Ley catalana proyecta como modelo preferible el de guarda conjunta o compartida, como hemos visto a la hora de establecer el sistema de guarda de los menores, en caso de vida separada del padre y de la madre, debe atenderse al superior interés de los niños, que debe ser el principio rector tanto para la actuación de ambos progenitores, como para la toma de decisiones por los Tribunales.

Finalmente, procedemos a recoger las estadísticas que el INE publicó en relación con las custodias concedidas⁴⁶⁵ en Cataluña en los años 2013,2014 y 2015⁴⁶⁶. Podemos apreciar un aumento progresivo del régimen de custodia compartida, no obstante, sigue siendo mayor el número de custodias concedidas a favor de la madre.

⁴⁶⁵ Se recogen los datos ofrecidos para las separaciones y divorcios entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia.

⁴⁶⁶ <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=06013.px>
<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=03014.px>
Consulta 11/10/2016.

SEPARACIONES entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede
2015						
TOTAL	4.642	124	1.655	605	3	2.255
CATALUÑA	782	32	255	171	2	323
2014						
TOTAL	5.025	122	1.915	528	7	2.453
CATALUÑA	814	33	261	141	1	377
2013						
TOTAL	4.896	138	2.062	465	3	2.229
CATALUÑA	848	43	301	140	0	364

DIVORCIOS entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede
2015						
TOTAL	95.685	2.586	35.387	12.469	188	45.055
CATALUÑA	17.794	590	4.934	3.780	32	8.457
2014						
TOTAL	99.882	2.838	39.116	11.401	225	46.302
CATALUÑA	18.515	689	5.582	3.407	31	8.806
2013						
TOTAL	94.885	2.804	38.360	9.032	167	44.522
CATALUÑA	17.565	708	5.729	2.715	28	8.386

3.4.- LA LEGISLACIÓN NAVARRA.

3.4.1. Introducción.

En Navarra, el Parlamento ha dictado la Ley Foral 3/2011⁴⁶⁷, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Si bien se le otorga un carácter de provisionalidad, por cuanto se encomienda al Gobierno la presentación en el plazo de un año de un proyecto de Ley Foral de modificación del Fuero Nuevo de Navarra en materia de Derecho de Familia, al considerar que es la *“sede natural de una reforma de este tipo, integrándose con el resto de instituciones con las que debe conformar un sistema coherente”*. Acorde con este carácter, se trata de una regulación muy escueta, tras una breve Exposición de Motivos la ley se estructura en tres capítulos con un artículo cada uno de ellos, además de una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

En el Derecho civil de Navarra, el Fuero Nuevo⁴⁶⁸ no abordaba explícitamente la cuestión de la guarda y custodia de los hijos en caso de que sus padres vivieran separados.

La Ley Foral Navarra 3/2011 se dicta al amparo de las competencias que Navarra tiene en materia de Derecho Civil y en materia procesal derivada de las particularidades de su derecho sustantivo. Entró en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de Navarra del 28 de marzo de 2011 (disposición final tercera).

La normativa navarra sobre la custodia compartida tiene su origen en una proposición de Ley Foral presentada por una parlamentaria de la Agrupación de Parlamentarios Forales de Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua⁴⁶⁹. Ante las posibles dudas que pudieran suscitarse acerca de la competencia legislativa del

⁴⁶⁷ BOE nº 87, 12/04/2011.

⁴⁶⁸ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. BOE nº 57, 7/03/1973

⁴⁶⁹ BOPN nº 64, 8/06/2010.

Parlamento de Navarra en dicha materia, la Proposición de Ley Foral fue examinada por el Consejo de Navarra, el cual por Dictamen 37/2010, de 29 de junio⁴⁷⁰ se pronunció, sobre la competencia plena de la Comunidad Foral de Navarra, para regular la materia, y afirmó que no se invadía la competencia exclusiva del Estado, sobre legislación procesal, en los términos del art.149.1.6ª CE.

La proposición de Ley Foral sobre custodia compartida sufrió durante su proceso de tramitación legislativa una considerable modificación, así contrariamente a lo que constituía el diseño de la misma, el Parlamento de Navarra, dejó de considerar, al aprobar la Ley Foral 3/2011, como opción preferente la custodia compartida, en cuanto sistema de realización práctica de las funciones de guarda inherentes a la patria potestad, en caso de ruptura matrimonial, o crisis convivencial entre los progenitores.

Para el legislador navarro, y así lo recoge expresamente en su Preámbulo, “*la guarda y custodia de los hijos comunes es uno de los asuntos más delicados a resolver*”.

Sin embargo, en lugar de instaurar, como han hecho otros legisladores forales, como opción preferente la custodia compartida, ésta queda en plano de igualdad con la custodia monoparental. Dejando que sea el Juez quien decida cuál es la más idónea en cada caso concreto sometido a su enjuiciamiento, dando prioridad al interés del menor y conciliando, cuando sea posible, los intereses de los padres en situación de igualdad de derechos y deberes.

Aunque, la Ley foral no atribuye a la custodia compartida el rango de opción legal preferente en defecto de acuerdo entre los padres, sí indica los factores que el Juez ha de valorar para decidir sobre la modalidad de custodia, compartida o individual.

3.4.2. Ámbito objetivo y finalidad.

⁴⁷⁰ <http://www.cfnavarra.es/consejonavarra/dictamenes-cronologico.asp?anno=2010>.
Consulta 27/08/2016.

El legislador navarro manifiesta la voluntad de corregir los errores que según el mismo dispone el Código Civil por cuanto la concesión de la custodia compartida es excepcional, respetando la igualdad entre el hombre y la mujer. Concretamente al respecto establece que la Ley Foral pretende *“corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.”*

La citada Ley tiene como objeto principal regular el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad, en el supuesto de ruptura de convivencia de la pareja, en cualquiera de las modalidades de ejercicio, unilateral o compartida.

La finalidad de la ley, según su art. 1.2 es *“adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar”*.

Entre los fines de la Ley no se encuentra el establecer la prevalencia de la custodia compartida como el sistema de custodia más idóneo, el legislador navarro posibilita igualmente el ejercicio de la guarda y custodia de forma exclusiva o unilateral de manera específica en el art. 3.1 de la Ley 3/2011 al referir que *“cada uno de los padres por separado o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos”*.

3.4.3. La custodia compartida y el interés del menor.

No establece esta Ley Foral el concepto de custodia compartida, como tampoco lo hace el Código Civil, ni el resto de legislaciones forales (salvo el legislador valenciano). No obstante, de la lectura de su articulado y exposición de motivos, la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁷¹ la ha definido como *“la asunción compartida de*

⁴⁷¹ SSAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2014, rec. 85/2013 (ROJ: SAP NA 88/2014) y Sección 3ª, 24 Nov. 2014, rec. 489/2014 (ROJ: SAP NA 1201/2014).

autoridad y responsabilidad en relación a los hijos menores de edad, en el supuesto de ruptura de la convivencia de sus padres, que pretende garantizar el derecho del niño mantener relaciones y contacto directo con ambos de forma regular”. Añadiendo que debe ser “acordada por el Juez, siempre en interés superior del menor, y buscando la igualdad entre los progenitores”. Y que en la práctica se traduce “en una alternancia o reparto, más o menos equitativo, de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres”.

El interés superior del menor es el principio inspirador y prioritario de la Ley Foral 3/2011 y así viene recogido en los art. 1 y 3. Haciéndose eco del mismo el TSJ de Navarra⁴⁷², al manifestar que *“lo que se juzga y ha de resolverse en el presente proceso no es la idoneidad o inidoneidad genérica o abstracta del sistema de custodia compartida para la mejor tutela del interés de los menores, sino la mayor adecuación y conveniencia de este sistema frente al de custodia individual aplicado para la protección del interés particular de la hija de los litigantes en las concretas circunstancias actuales de la menor y su familia. El particular interés de los menores afectados prima y debe imponerse a cualquier otra consideración general. No otra razón inspira y determina su prevalencia sobre el convenio de los progenitores en los procesos promovidos de mutuo acuerdo (arts. 775.2 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) e incluso sobre la declaración legal de preeminencia del sistema de custodia compartida contenido en algunos Derechos civiles autonómicos, como el aragonés.”*

En la medida que sea compatible con el interés superior del menor, la Legislación Foral consagra como principio rector de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, el de igualdad entre ambos progenitores (artículos 1. 3 LF), y como expresión de este principio, el de corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de las obligaciones concernientes a los hijos menores, y el reparto equitativo de los derechos a la hora de relacionarse con aquellos, en igualdad de condiciones.

⁴⁷² STSJ Navarra, Civil, Sección 1ª, 23 Oct. 2012, rec. 18/2012 (ROJ: STSJ NA 194/2012).

No establece la Ley Foral como modelo preferente el de guarda y custodia compartida, sino que deja al criterio judicial, libertad a la hora de adoptar la individual o compartida, sin que se precise que la soliciten ambos cónyuges de común acuerdo, pero si, al menos, uno de ellos (art. 3.2). No obstante, partiendo, en su Exposición de motivos, de la insuficiencia del Código Civil para garantizar la igualdad de los padres, apuesta, “*en línea con la realidad social actual*”, porque la custodia compartida no sea algo excepcional.⁴⁷³

Por su parte, el art. 3.4 establece que el juzgador buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

Para el legislador navarro y los Tribunales el principio elemental y básico que ha de inspirar la adopción de cualquier medida concerniente a los menores es el de que su interés y beneficio debe prevalecer sobre cualquier otro, incluido el de sus progenitores.⁴⁷⁴

Añadiendo, la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁷⁵, que es consecuencia de dicho principio que el conjunto de facultades que integran la patria potestad debe ejercitarse siempre en beneficio de los menores y de acuerdo con su propia personalidad, habiéndose destacado, como factor que debe ser objeto de valoración preponderante, la situación actual en que se encuentran las relaciones personales del menor con cada uno de sus progenitores (u otros familiares), así como su previsible proyección en un futuro próximo; no pudiendo, “*prevalecer sobre ese principio un ejercicio ciego y forzoso de la patria potestad, esto es, abstracción hecha de las concretas circunstancias que*

⁴⁷³ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 24 Nov. 2014, rec. 331/2014 (ROJ: SAP NA 1200/2014).

⁴⁷⁴ SSAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 30 Junio 2005, rec. 37/2005 (ROJ: SAP NA 721/2005), 24 Mayo 2007, rec. 202/2006 (ROJ: SAP NA 515/2007), 31 Marzo 2010, rec. 103/2009 (ROJ: SAP NA 180/2010), 20 Feb. 2012, rec. 291/2009 (ROJ: SAP NA 3/2012), 11 Abr. 2012, rec. 324/2011 (ROJ: SAP NA 363/2012), 6 Agost. 2012, rec. 189/2012 (ROJ: SAP NA 1020/2012), 16 Abr. 2013, rec. 147/2012 (ROJ: SAP NA 217/2013), 18 Mayo 2015, rec. 23/2015 (ROJ: SAP NA 1014/2015) y Sección 3ª, 12 Feb. 2016, rec. 306/2014 (ROJ: SAP NA 200/2016).

⁴⁷⁵ SSAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 21 Junio 2012, rec. 222/2011 (ROJ: SAP NA 362/2012), 29 Oct. 2013, rec. 296/2012 (ROJ: SAP NA 818/2013), 25 Nov. 2013, rec. 283/2011 (ROJ: SAP NA 835/2013).

concurrer en cada caso; y todo ello con la obligada finalidad de proporcionar al menor estabilidad, paz, sosiego espiritual y equilibrio psíquico, debiendo subordinarse el ejercicio de la guarda y custodia, así como el del derecho de visitas, a la ausencia de todo perjuicio para el menor”.

Compartimos que el criterio determinante para establecer un concreto sistema de guarda y custodia, es la prevalencia del interés superior de los hijos, que debe ser respetado e implementado en cada supuesto en concreto.

3.4.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia —compartida o individual— de los hijos menores.

La decisión del Juez sobre la modalidad de custodia se realizará, conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Foral, es decir, *“oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesario recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos”*. Sin embargo, la Ley foral no determina los dictámenes y audiencias que el Juez debe llevar a cabo para resolver sobre lo solicitado como si hace, el legislador aragonés y el valenciano, sino que utiliza términos genéricos donde, en principio, parece que caben cualquier tipo de informes y audiencias.

Con carácter general, la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁷⁶ para determinar el interés superior del menor en cada caso concreto acude a los criterios jurisprudenciales fijados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo *“como orientadores del establecimiento de una decisión constitutiva, de un sistema de guarda y custodia compartida, en el caso de disenso, entre los progenitores de las personas menores de edad concernidas”*. Añadiendo que la *“Sala 1ª del Tribunal, se ha pronunciado en el sentido de que no se puede establecer un pronunciamiento general, sobre la indicada idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, dependerá su implementación en concreto, del resultado de la actividad valorativa jurisdiccional, en relación con los medios*

⁴⁷⁶ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 26 Julio 2012, rec. 84/2012 (ROJ: SAP NA 947/2012).

probatorios practicados a lo largo del proceso, en los casos de disputa sobre si es o no conveniente la guarda compartida en cada caso concreto”.

Por su parte, el art. 3.3 Ley Foral contempla un conjunto de factores de ponderación a tener en cuenta por el Juez, que no constituyen *númerus clausus* sino que puede tenerse en cuenta *“cualquier circunstancia que permita conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos”* (artículo 3.4).

Así, los apartados quintos y sexto del citado art. 3 parecen establecer en qué se concreta esa exigencia de igualdad cuando el régimen de custodia establecido por el Juez sea el de custodia compartida o el de custodia individual⁴⁷⁷.

En el primer supuesto señala que *“el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad”*.

En el segundo supuesto, *“el Juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra”*.

Por lo que respecta a los criterios que servirán de herramienta al juzgador para determinar el régimen de guarda aplicable al caso concreto, son los siguientes⁴⁷⁸:

a) La edad de los hijos.

⁴⁷⁷ SAP Navarra, Civil, Sección, 3ª, 25 Mayo 2015, rec. 727/2014 (ROJ: SAP NA 1017/2015).

⁴⁷⁸ Para la SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 10 Abr. 2012, rec. 97/2012 (ROJ: SAP NA 271/2012), la custodia compartida exige que haya bajo nivel de conflicto entre los progenitores, residencias cercanas, personalidad, carácter y estilos educativos compatibles, adaptabilidad de los menores, vínculo afectivo de estos con los padres y que ambos estén de acuerdo con la custodia compartida. SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 21 Junio 2012, rec. 222/2011 (ROJ: SAP NA 362/2012).

Este es el primero de los criterios a los que se remite el legislador navarro para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado para los hijos menores. Sin embargo, el legislador omite cualquier referencia a la concreta influencia que tiene la edad de los hijos para determinar el régimen de guarda más conveniente para los menores.

Como hemos visto, este criterio no viene mencionado en el Código Civil de Cataluña pero sí que ha sido recogido por el legislador aragonés y el valenciano.

Para la Audiencia Provincial de Navarra, la edad del menor resulta un criterio determinante cuando se trate de menores de muy corta edad⁴⁷⁹, pues entiende que son vulnerables y que precisan en esa edad “*más que nunca del afecto y cercanía de la madre*”⁴⁸⁰. Añadiendo que para los niños de esa edad el espacio físico es muy importante por lo que es deseable evitar un excesivo trasiego⁴⁸¹. Sin embargo, ello no significa que se atribuya automáticamente la custodia del hijo de temprana edad a la madre, sino que será un factor importante a tener en cuenta. Así, en ocasiones, la corta edad de los hijos no ha sido un obstáculo para otorgar la guarda y custodia compartida, en atención a otros factores concurrentes⁴⁸².

También la cercanía a la mayoría de edad habrá de ser objeto de consideración pero sobre todo a la hora de escuchar la opinión del hijo como más tarde se dirá.

b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.

⁴⁷⁹ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 10 Dic. 2012, rec. 250/2012 (ROJ: SAP NA 1241/2012).

⁴⁸⁰ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 13 Abr. 2015, rec. 294/2013 (ROJ: SAP NA 119/2015), consideró como niños muy pequeños a los de 3 y 5 años y por tanto necesitados de contacto continuo con la madre.

⁴⁸¹ SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 21 Enero 2016, rec. 610/2015 (ROJ: SAP NA 210/2016).

⁴⁸² SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 26 Julio 2012, rec. 84/2012 (ROJ: SAP NA 947/2012), 18 Marzo 2013, rec. 245/2012 (ROJ: SAP NA 204/2013). Para la SAP Navarra, Sección 3ª, 25 Mayo 2015, rec. 727/2014 (ROJ: SAP NA 1017/2015), la corta edad de los menores no es por sí solo un motivo de atribución en exclusiva de la custodia a la madre.

En lo que atañe a la incidencia de las relaciones entre los progenitores, la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁸³ ha recogido con carácter general la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, considerando que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

Siguiendo al Alto Tribunal se admite que las medidas de guarda y custodia exigen un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar⁴⁸⁴.

En los supuesto de existencia de una fuerte conflictividad en las relaciones entre los progenitores, se considera que el establecimiento de un régimen de custodia compartida no beneficia el interés del menor, ya que *“la ausencia de diálogo entre las padres y la existencia de importantes desacuerdos en todo lo que hace referencia al menor lo único que ocasionaría mantenerse dicho régimen es el incremento de dicha situación que en última instancia a quien realmente iba a perjudicar es a este”*⁴⁸⁵.

c) El arraigo social y familiar de los hijos⁴⁸⁶.

Las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia tienen en común el factor del arraigo social y familiar, en cuanto consideran vinculante la relación o acogimiento social y familiar de los hijos con los progenitores y demás familiares de los

⁴⁸³ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 25 Mayo 2015 (ROJ: SAP NA 126/2015).

⁴⁸⁴ SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 17 Nov. 2014, rec. 260/2014 (ROJ: SAP NA 1188/2014).

⁴⁸⁵ SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 21 Julio 2015, rec. 845/2014 (ROJ: SAP NA 1117/2015).

⁴⁸⁶ La SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 24 Nov. 2014, rec. 489/2014 (ROJ: SAP NA 1201/2014) valoro el arraigo de la menor en los siguientes términos: *“La niña relata que tiene dos casas; de su relato se desprende que se encuentra a gusto en ambas casas considerando los dos espacios como propios. El arraigo a viviendas y entorno del padre y de la madre también está establecido en la niña. Por otra parte, ambos padres tienen disponibilidad, y pueden conciliar la vida laboral y familiar, siendo el padre profesor de colegio, y la madre guía turística, pudiendo, en todo caso, ayudarse de familiares de forma puntual”*. También la SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 12 Feb. 2016, rec. 306/2014 (ROJ: SAP NA 200/2016) ha considerado adecuado el sistema de custodia compartida en atención a que los vínculos afectivos de la menor eran seguros con ambos progenitores, habiendo evolucionado su relación con padre hacia una relación de confianza, encontrándose adaptada al sistema de estancias temporales, por lo que es con reparto de la semana.

mismos así como con los amigos. Consideramos que estamos ante dos referentes importantes en el desarrollo de los menores que se ha de intentar de mantener en la medida de lo posible y que pueden ser determinantes para optar por uno u otro régimen de guarda y custodia.

En ocasiones la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁸⁷, para otorgar el régimen de guarda más conveniente para los hijos ha valorado el arraigo en un sentido amplio, es decir, respecto de los progenitores y, también, de la familia extensa y lugar de residencia.

d) La opinión de los hijos⁴⁸⁸, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

La opinión de los hijos resulta relevante para el legislador navarro, al igual que para el resto de legisladores. Si bien la Ley foral divide a los hijos menores en tres grupos en atención a la capacidad de discernimiento que une a la edad biológica de los hijos.

Con dicho criterio se está recogiendo, por el legislador, la doctrina del Tribunal Constitucional⁴⁸⁹ que ha establecido que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal y familiar de menores y gozando éstos de juicio suficiente, procede que sean oídos por el Tribunal, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que concluyan en una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social.

⁴⁸⁷ SSAP Navarra, Sección 3ª, 24 Nov. 2014, rec. 489/2014 (ROJ: SAP NA 1201/2014) y 25 Mayo 2015, rec. 727/2014 (ROJ: SAP NA 1017/2015).

⁴⁸⁸ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 25 Marzo 2013, rec. 335/2012 (ROJ: SAP NA 205/2013).

⁴⁸⁹ SSTC, Constitucional, Sección 1ª, 25 Nov. 2002, rec. 1044/2000 (ROJ: STC 221/2002) y 30 Enero 2006, rec. 6707/2001 (ROJ: STC 17/2006).

Para los Tribunales la configuración jurisdiccional del sistema de custodia, se verifica atendiendo al superior interés de los hijos, pero no basándose exclusivamente en sus deseos⁴⁹⁰.

Así para la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁹¹, como ya hemos dicho, el interés superior del menor es el que debe guiar, con carácter preferente sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, las decisiones que le conciernen, manifestando que *“uno de los criterios generales para aplicar e interpretar dicho concepto indeterminado es la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior, lo que habrá de ponderarse en función sobre todo de su edad y madurez.”*. Sin embargo añade que ello *“no significa que haya de establecerse dicho interés superior exclusivamente en función del criterio que el menor haya podido expresar sobre una determinada medida que pueda afectarle.*

Sobre todo si tal opinión, deseo o criterio no se aprecia como suficientemente fundado, fruto de una reflexión dotada de madurez y no de una postura reactiva a circunstancias relacionadas con la ruptura sentimental de sus progenitores, tan frecuente en menores de una determinada edad y sin la suficiente perspectiva vital como valorar las reales consecuencias de su reacción”.

Se ha manifestado que aunque no resulte vinculante para el Juzgador, no puede prescindirse de la voluntad de los menores, en cuanto voluntad razonada, ni puede afirmarse que la misma carece de relevancia jurídica, sino que, por el contrario, deberá ser atendida debidamente con arreglo a una adecuada interpretación de la misma, facilitada, en su caso, por la labor de los especialistas⁴⁹². Sin embargo, se ha afirmado

⁴⁹⁰ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 18 Julio 2013, rec. 66/2013 (ROJ: SAP NA 442/2013).

⁴⁹¹ La SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 9 Feb. 2016, rec. 513/2015 (ROJ: SAP NA 198/2016), no atendió a la negativa del hijo común de 14 años de cortar toda relación con su padre por entender que la misma no estaba apoyada en razones de peso que pudieran justificarla.

⁴⁹² SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 28 Sept. 2012, rec. 88/2012 (ROJ: SAP NA 1284/2012). La SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 21 Dic. 2015, rec. 145/2015 (ROJ: SAP NA 1087/2015) mantuvo la guarda y custodia a favor del padre respetando los deseos del menor, de 9 años de edad, *“en razón de las experiencias muy negativas que aquél sufrió”*.

que no puede “*el capricho o la decisión de un menor de edad el que ha de determinar las consecuencias jurídicas y las medidas que, a falta de acuerdo de los cónyuges, deban de regir la situación*”⁴⁹³.

Se ha reiterado⁴⁹⁴ que el superior interés de los menores es el criterio rector en esta materia, en cuya ponderación judicial tienen una trascendental relevancia los informes psicosociales⁴⁹⁵ emitidos por especialistas debidamente cualificados y la propia opinión de los hijos menores con juicio suficiente y derecho a ser oídos en las medidas que puedan afectarles.

Así la voluntad manifestada de los menores debe ser considerada, como un criterio legal relevante, especialmente cuando se trata de personas de 16 años y ello porque superan la edad en que su preferencia para estar con uno u otro ha de tenerse en cuenta, máxime cuando ya podría conseguir su emancipación y no depender de ninguno de sus progenitores⁴⁹⁶.

e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos⁴⁹⁷.

Es obvio que para que los progenitores puedan ejercer la guarda y custodia de forma compartida debe resultar acreditada su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio.

f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres⁴⁹⁸.

⁴⁹³ SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 18 Mayo 2015, rec. 23/2015 (ROJ: SAP NA 1014/2015).

⁴⁹⁴ STSJ Navarra, Civil, Sección 1ª, 23 Oct. 2012, rec. 18/2012 (ROJ: STSJ NA 194/2012).

⁴⁹⁵ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 17 Nov. 2014, rec. 148/2014 (ROJ: SAP NA 1196/2014).

⁴⁹⁶ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 15 Julio 2014, rec. 305/2013 (ROJ: SAP NA 725/2014). La SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 17 Dic. 2015, rec. 572/2014 (ROJ: SAP NA 1133/2015) atribuyo distinto régimen de guarda para dos hermanas, atendiendo a que la mayor ya contaba con 16 años y por tanto entendía que se taraba de una chica madura, con criterio propio y capacidad de decidir.

⁴⁹⁷ SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 27 Enero 2016, rec. 700/2014 (ROJ: SAP NA 215/2016), atribuyó la guarda y custodia a la madre por considerarla más conveniente para los menores, no por falta de capacidad y dedicación del padre, sino “*por las diferencias que hacen estimar que la madre aporta algo más que permite concluir tal adecuación*”.

Para el legislador navarro, al igual que el valenciano, es necesario determinar hasta qué punto los progenitores pueden implicarse, como consecuencia de su situación laboral, en la crianza de sus hijos. No tiene sentido establecer un régimen de custodia compartida si uno de los progenitores, por razones de índole laboral, no puede ejercer su autoridad parental ni cumplir con sus funciones.

En relación con este criterio, se ha concedido o denegado⁴⁹⁹ la custodia compartida, teniendo en cuenta si los progenitores contaban con apoyo familiar o de otro tipo en la educación y crianza de sus hijos menores. Manifestándose, con carácter general, que la necesidad de apoyo familiar no pueda considerarse un aspecto negativo, pues suele ser usual, en la actualidad, la necesidad del referido apoyo para la atención de los hijos⁵⁰⁰.

g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.

El legislador catalán también lo recoge como uno de los criterios a valorar, sin embargo el legislador valenciano no hace ninguna referencia expresa al mismo, aunque, como hemos dicho, podría encuadrarse dentro de la cláusula amplia que se recoge en ambas leyes “*cualquier otra circunstancia relevante*”.

En ocasiones⁵⁰¹ respecto de los acuerdos adoptados tras la vista de las medidas, se ha recalcado su carácter provisional, prescindiendo el juez de los mismos en atención al resto de factores concurrentes y velando siempre por el interés superior de los menores.

⁴⁹⁸ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2014, rec. 85/2013 (ROJ: SAP NA 88/2014), Sección 3ª, 21 Enero 2016, rec. 610/2015 (ROJ: SAP NA 210/2016).

⁴⁹⁹ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 4 Mayo 2012, rec. 333/2011 (ROJ: SAP NA 505/2012), 23 Dic. 2014, rec. 697/2014 (ROJ: SAP NA 1209/2014), 9 Marzo 2015, rec. 370/2014 (ROJ: SAP NA 123/2015).

⁵⁰⁰ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 1 Abr. 2015, rec. 881/2014 (ROJ: SAP NA 999/2015).

⁵⁰¹ SAP Navarra, Sección 3ª, 25 Mayo 2015, rec. 727/2014 (ROJ: SAP NA 1017/2015).

h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Se admite, entonces, la valoración de otros extremos que expongan las propias partes o puedan ser apreciados por el Juez directamente o a través de los dictámenes que se lleven a cabo. En este sentido, por ejemplo, entre otros criterios, el tiempo que cada uno de los progenitores ha dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles bienestar⁵⁰².

Finalmente la Ley Foral Navarra 3/2011, al igual que otros Derechos civiles forales, en su artículo 3.7 establece que “*salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos*”⁵⁰³, con ellos se pretende proteger el vínculo familiar que une a los hermanos.

3.4.5. El plan de parentalidad.

A diferencia de otros legisladores forales, el legislador Navarro no contempla expresamente el Plan de Parentalidad o figura equivalente. Sin embargo la Ley Foral 3/2011 subraya la preferencia del acuerdo entre los progenitores resultando la decisión judicial subsidiaria⁵⁰⁴.

En esta línea el art. 3 de la Ley Foral establece que en el caso de que no exista acuerdo entre los progenitores sobre la guarda y custodia del hijo, el Juez podrá acordar que sea compartida o individual, tras la audiencia e informes del Ministerio Fiscal, atendiendo al interés superior del menor y a la igualdad de progenitores, facilitando el

⁵⁰² SAP Navarra, Sección 2ª, 11 Abr. 2011, rec. 324/2011 (ROJ: SAP NA 363/2012).

⁵⁰³ Para la SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 26 Junio 2012, rec. 72/2012 (ROJ: SAP NA 335/2012), el beneficio más adecuado para los menores, que hay que atender, radica en que, dada la idoneidad de ambos progenitores, se mantenga la estabilidad de los menores dejándolos en el domicilio familiar y a cargo del padre, con el que conviven, y que además daría lugar a que se respetara el principio de unidad entre hermanos, habida cuenta que la hermana mayor Saioa ha manifestado su intención de permanecer con el padre.

⁵⁰⁴ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L. La determinación de la modalidad de custodia. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*. Edit. Bosch, Barcelona 2013, p.1560.

acuerdo de estos a través de la mediación familiar. También en su Exposición de Motivos el legislador alude a los supuestos en los que “*no medie acuerdo de los padres*”.

3.4.6. La violencia de género.

En cuanto a la violencia doméstica, la legislación navarra establece que no procederá la atribución de la guarda o custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den dos requisitos conjuntamente: Estar incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos. Y, haberse dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Adicionalmente, las medidas adoptadas en estos dos supuestos son revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal, abriendo una posibilidad de una modificación de efectos.

Por otro lado, la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no es suficiente por si sola para determinar o concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza. Con ello, se intenta desalentar las denuncias dirigidas a obtener pronunciamientos favorables en el procedimiento civil.

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Por último, debemos reseñar que la Ley Foral 3/2011 no contiene una disposición legal que autorice la revisión de las medidas judiciales adoptadas según la normativa anterior. La mera aprobación y entrada en vigor de la nueva regulación legal navarra, que no atribuye carácter preferente al régimen de guarda compartida, sino que continúa confiando a la apreciación del juez la elección de la modalidad (compartida o individual) más conveniente para el interés de los hijos, no constituye una circunstancia nueva que permita revisar las medidas ya establecidas en resolución judicial firme

conforme a la legalidad precedente; una legalidad que, aun desprovista del desarrollo normativo que hoy tiene, no excluía tampoco la posible atribución judicial de la guarda compartida. Tampoco contiene la Ley foral ninguna disposición transitoria que autorice su aplicación a conflictos planteados en procesos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor.

De forma, que los Tribunales⁵⁰⁵ consideran que, establecida la guarda y custodia monoparental en resolución judicial firme, la medida se halla investida de la autoridad de cosa juzgada, aunque lo fuera *rebus sic stantibus*, esto es, en tanto no se produjera un cambio o alteración sustancial de las circunstancias consideradas al tiempo de su adopción. Sólo producida esta alteración, las nuevas circunstancias de hecho justificarían la apreciación de una distinta causa de pedir en la pretensión modificativa de medidas que pudiera fundarse en ellas. Fundamentando dichas consideraciones en los art. 90, párrafo tercero , y 91, inciso final, del Código civil , cuando proclaman que las medidas adoptadas (previo acuerdo de los cónyuges o sin él) en las sentencias de nulidad, separación o divorcio “*podrán ser modificadas (previo convenio o sin él) cuando se alteren sustancialmente las circunstancias* “, y el art. 775.1 de la Ley procesal civil , cuando contempla y regula “*la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas*”. Sin que tal alteración o variación se produzca y aprecie, los Tribunales continúan vinculados por la invariabilidad de las sentencias firmes y el efecto inherente a la cosa juzgada material.

Podemos concluir afirmando que la guarda y custodia compartida no se erige en modelo preferente para el legislador navarro sino que éste ha adoptado una solución más neutra y, más correcta al poner al mismo nivel las dos modalidades de custodia, y remitir, en cada caso concreto, al criterio del Juez basado en el interés superior del menor. El Derecho Navarro ha decidió huir de soluciones legales de aplicación automática, prefiriendo encomendar al Juez la tarea de buscar la modalidad de custodia que resulte más beneficiosa al interés del menor de edad. Y es esa la solución que propugnamos ante la problemática que suscita la guarda y custodia de los hijos.

⁵⁰⁵ STSJ Navarra, Civil, Sección 1ª, 23 Oct. 2012, rec. 18/2012 (ROJ: STSJ NA 194/2012).

Finalmente, como hemos hecho anteriormente, reflejamos en las siguientes tablas las estadísticas que el INE publicó en relación con las custodias concedidas⁵⁰⁶ en Navarra en los años 2013, 2014 y 2015⁵⁰⁷. Al igual que en Aragón y Cataluña se constata un aumento progresivo del régimen de custodia compartida, siendo mayor el número de custodias concedidas a favor la madre.

⁵⁰⁶ Hemos recogido los datos en dos tablas, distinguiendo entre las separaciones y divorcios entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia.

⁵⁰⁷ <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=06013.px>
<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=03014.px>
Consulta 11/10/2016.

SEPARACIONES entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede
2015						
TOTAL	4.642	124	1.655	605	3	2.255
NAVARRA	61	0	27	5	0	29
2014						
TOTAL	5.025	122	1.915	528	7	2.453
NAVARRA	53	0	21	5	0	26
2013						
TOTAL	4.896	138	2.062	465	3	2.229
NAVARRA	41	0	17	0	0	24

DIVORCIOS entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede
2015						
TOTAL	95.685	2.586	35.387	12.469	188	45.055
NAVARRA	1.110	20	442	167	0	481
2014						
TOTAL	99.882	2.838	39.116	11.401	225	46.302
NAVARRA	1.261	45	491	122	2	601
2013						
TOTAL	94.885	2.804	38.360	9.032	167	44.522
NAVARRA	1.048	19	410	81	1	537

3.5.- LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.

3.5.1. Introducción.

En la Comunidad Valenciana, el Parlamento Autonómico aprobó la Ley 5/2011⁵⁰⁸, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan, que confiere prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de denominado “pacto de convivencia familiar”, y, a falta de acuerdo, establece como criterio prevalente la custodia compartida por ambos padres.

La Ley valenciana, siguiendo el modelo aragonés, se aparta del sistema del Código civil incluso en la terminología utilizada. No se limita a realizar una mera reforma del régimen de atribución de la guarda y custodia de los hijos, sino que lleva a cabo una regulación integral de las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, con la pretensión de establecer “de nuevo” el régimen de relaciones de los hijos con sus progenitores de manera plena.

Dicha disposición entró en vigor el 5 de mayo de 2011 y el Tribunal Constitucional declaró la suspensión de la vigencia y aplicación de dicha norma, desde la fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad, el 4 de julio de 2011, interpuesto por el Gobierno Central, a instancia del Consejo de Ministros con el informe favorable del Consejo de Estado. La publicación se verificó en el BOE de 26 de julio de 2011, por lo que estuvo vigente desde su entrada en vigor desde el 6 de mayo de 2011 hasta el 26 de julio, fecha en que se produjo la suspensión. Posteriormente el Pleno del Tribunal Constitucional por Auto de 22 de noviembre de 2011⁵⁰⁹ acordó levantar la suspensión y se mantiene su vigencia desde entonces pendiente de que finalmente se resuelva el recurso de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

Mucho se ha discutido sobre las dudosas competencias de la Comunidad Valenciana para legislar en materia de Derecho civil. De hecho, la Ley 10/2007, de 20

⁵⁰⁸ BOE nº 98, 25/04/2011.

⁵⁰⁹ TC. Pleno, Auto 161/2011, 22 Nov. 2011, rec. 3859/2011. BOE 3/12/2011 (LA LEY 250207/2011).

de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (LREMV)⁵¹⁰, la Ley 5/2011, de 1 de abril y la Ley Uniones de Hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana⁵¹¹ han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, siendo la cuestión más controvertida la relativa a si éstas instituciones que no estaban vigentes a la entrada en vigor de la Constitución, bien porque no formaban parte de su derecho foral ni tienen conexión clara con institución foral, como la custodia compartida, o bien porque formaron parte del Derecho foral abolido y que no se recuperó, como el régimen económico matrimonial, caben en la letra del art. 149.1, regla 8ª, de la Constitución.

Por lo que respecta a la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, el Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado el recurso presentado por el Gobierno contra la Ley declarándola inconstitucional y nula⁵¹².

También, el Pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia 110/2016 de 9 de junio de 2016⁵¹³ ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana.

⁵¹⁰ BOE nº 95, 20/04/2007.

⁵¹¹ BOE nº 268, 7/11/2012.

⁵¹² La Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016 (BOE nº 131, 31/05/2016) dictada por el Tribunal Constitucional, concluye que la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular la materia comprendida en la LREMV debe conducir a declarar la inconstitucionalidad de la misma ya que la vulneración competencial declarada concurre en todas las disposiciones que en ella se contienen, en cuanto que la Comunidad Autónoma de Valencia carece competencia para legislar en esta materia, por no haber acreditado la existencia de costumbre vigente alguna que le sirva de apoyo para el desarrollo de su derecho civil propio (art. 149.1.8 CE). Añadiendo que los efectos de dicha declaración “no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas” y que “tras la publicación de esta sentencia, seguirán rigiéndose por el mismo régimen económico matrimonial que hubiera gobernado sus relaciones, salvo que su voluntad contraria sea manifestada mediante las oportunas capitulaciones”.

La sentencia incluye un voto particular en contra que formula el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, que discrepa de lo resuelto

⁵¹³ BOE nº 170, 15/07/2016. Dicha sentencia ha declarado la inconstitucionalidad del art. 1.1, en el inciso “los derechos y deberes de quienes son miembros”; los arts. 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14. Estableciendo que dicha declaración solo tendrá efectos “pro futuro” sin afectar a las “situaciones jurídicas consolidadas”. Dicha sentencia incluye, al igual que la anterior, el voto particular en contra que formula el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, que discrepa de lo resuelto con los mismos argumentos que ya expuesto en la Sentencia de 28 de abril de 2016.

Así pues, estamos a la espera de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, si bien es de esperar que sus efectos queden limitados, respetando la situaciones jurídicas ya consolidadas. La pregunta que nos hacemos es si la inconstitucionalidad de la ley permitirá un cambio de los regímenes de guarda y custodia compartida atribuidos a su amparo bajo la argumentación de que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias como consecuencia de su inconstitucionalidad. Debemos espera para ver que sucede y en que sentido se pronuncian los Tribunales.

No obstante, entendemos que, aun en el supuesto que fuera declarada inconstitucional la custodia compartida en la Comunidad Valenciana, ésta se encuentra incorporada al Código Civil español y constituye doctrina consolidada del Tribunal Supremo, si bien atendiendo siempre al superior interés del menor, resultando un régimen de custodia deseable pero no preferente, como ya hemos afirmado.

Debemos añadir que el 13 de abril de 2016, el Partido Socialista en la Comunidad Valenciana (PSPV) presentó una proposición de ley para derogar en su integridad la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, que regula la custodia de los hijos de los padres que no conviven. La razón principal es que el partido socialista no está de acuerdo con el art. 5.2 de la citada ley que atribuye con carácter preferente la custodia compartida. Criterio que compartimos totalmente. Sin embargo, ante la oposición del resto de los partidos políticos parece que PSPV pretende abrir una mesa de diálogo con los partidos con representación parlamentaria para explorar la elaboración de una ley sobre la custodia que genere más consensos, siempre y cuando la custodia compartida deje de ser la opción preferente⁵¹⁴.

En la Comunidad Valenciana hasta la Ley 5/2011 lo habitual era que se denegara la custodia compartida. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 15 de enero de 2007 manifestó que *“es criterio de esta Sala, salvo supuestos*

⁵¹⁴<http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2016/04/24/571ba6b4ca4741827c8b4631.html>.
Consulta 3/09/2016.

puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos”⁵¹⁵.

Como hemos dicho el legislador valenciano no ha realizado una mera reforma del régimen de guarda y custodia sino que ha llevado a cabo una regulación integral de las relaciones familiares en los supuestos de crisis. Ha optado por sustituir el término de guarda y custodia por el de “relación de convivencia”, ya que lo considera más acorde con el criterio que se desprende de la regulación actual. La Ley valenciana prescinde de la expresión custodia compartida y pasa a utilizar el de convivencia compartida, señalando en su Preámbulo que *“este término (custodia compartida) se queda corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que se propone subrayar la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores de edad...”*.

También, prefiere utilizar el término de autoridad parental en lugar del de patria potestad del Código Civil. Y se aplica la expresión “régimen de relaciones” como equivalente al “régimen de visitas”. Finalmente, el vocablo “pacto de convivencia familiar” es el nuevo concepto acuñado por la Ley valenciana como expresión cercana al convenio regulador del art. 90 del Código Civil.

Otra novedad de la normativa valenciana, es la posibilidad que atribuye a la autoridad judicial de establecer un control periódico de la situación familiar (art. 5.5). Lo que no especifica la norma, es cómo se ejercerá este control judicial y por quien será realizado.

La Ley 5/2011 regula expresamente los distintos regímenes de convivencia:

- El régimen de convivencia compartida

Definiéndolo como aquel sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos menores. Se caracteriza por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los

⁵¹⁵ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 15 Enero 2007, rec. 910/2006 (ROJ: SAP V 277/2007).

padres con sus hijos menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.

De esta definición cabe destacar la referencia que se hace a la distribución igualitaria del tiempo de cohabitación entre los menores y sus progenitores, de tal forma que la Ley valenciana se aleja de los sistemas abiertos contemplados en el Código Civil español y en las legislaciones de Aragón, Cataluña y Navarra.

Se trata del equivalente a la noción de guarda y custodia compartida a la que alude el art. 92 del CC en sus apartados 5 y 8, con tres peculiaridades:

“A) La ley valenciana ofrece una definición legal de este régimen, definición que el CC no da, limitándose a emplear el término, pero sin definirlo ni explicarlo. El rasgo fundamental de este concepto es la distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de los hijos con cada progenitor.

B) El legislador valenciano se aparta de la terminología clásica de “guarda y custodia”, que ya resulta un tanto arcaica, y la sustituye por “convivencia”.

C)... la ley valenciana ha dado a esta modalidad el rango de norma general, a diferencia del CC, que la contempla como un régimen excepcional”⁵¹⁶.

- El régimen de convivencia individual

Se entiende por tal una modalidad excepcional del régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos menores adaptado a las circunstancias del caso.

⁵¹⁶ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L. “Ley valenciana de custodia compartida”, en Revista de Treball, Economia i Societat, nº 62, Septiembre 2011, pp. 6-7.
<http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista62/art1.pdf>. Consulta 3/01/2016.

Es el término correspondiente al de custodia exclusiva.

- El régimen de relaciones

Es aquel sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia.

Es el concepto parejo al régimen de visitas y comunicaciones regulado en el art. 94 del CC.

3.5.2. Ámbito objetivo y finalidad.

En la Exposición de motivos de la Ley se establece que la misma responde a una creciente demanda de la sociedad para que en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos menores haga compatible el interés de cada menor con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos como proclama la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada en España el 30 de noviembre de 1990.

Con este régimen, según la Exposición de motivos se *“pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores”*. También busca *“disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos, y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares”*.

Añade, que esta Ley sigue la tendencia legislativa de la Generalitat y los principios y valores que se recogen en la Ley de Protección Integral de la infancia y adolescencia de la Comunidad Valenciana⁵¹⁷.

⁵¹⁷ La Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana (DOCV nº 5803, 10/07/2008), recoge los siguientes principios rectores:

La Ley tiene como objeto regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven con sus hijos sometidos a la autoridad parental y la de estos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas⁵¹⁸.

Es decir, regula la convivencia de padres-hijos e hijos y resto de familiares o parientes, pero no dice nada respecto de la convivencia entre los progenitores. Por eso no se regula en la misma ni la liquidación de la sociedad de gananciales ni la pensión compensatoria, por lo que estos supuestos se rigen por las normas del Código Civil que actúa como supletorio⁵¹⁹, dejando a salvo las consecuencias de la atribución del uso de la vivienda.

Es más, debemos afirmar que la Ley 5/2011 no es aplicable cuando no existan hijos menores que resulten afectados por la ruptura de la convivencia de sus progenitores, pues la finalidad del legislador valenciano, como se desprende del Preámbulo de la Ley es la de asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar⁵²⁰.

“a) Primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo concurrente. Para la determinación del interés superior del menor se tendrá en cuenta la condición del menor como sujeto de derechos y responsabilidades, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales y socioeconómicas en que se desenvuelve, buscando siempre la confluencia entre el interés del menor y el interés social.

b) No discriminación por razón de nacimiento, sexo, nacionalidad, etnia, religión, lengua, cultura, opinión, discapacidad física, psíquica o sensorial, condiciones personales, familiares, económicas o sociales, tanto propias del menor como de su familia.

c) Integración social del menor en todas las medidas de prevención y protección que se adopten en relación con él, las cuales deberán contar con la colaboración del menor, su familia y las instituciones públicas y privadas.

d) Permanencia o reagrupación familiar, procurando, en la medida de lo posible, la unidad familiar. Todo ello bajo la consideración de que los niños tienen en la familia su ámbito natural de protección y realización personal.”

⁵¹⁸ Art. 1 Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de la Comunidad Autónoma Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

⁵¹⁹ Según la Disposición Final Segunda Ley 5/2011 “el Código Civil se aplicará con carácter supletorio, en defecto de la presente ley, en todas las materias reguladas por ésta”.

⁵²⁰ STSJ C. Valenciana, Civil, Sección 1ª, 2 Dic. 2014, rec. 22/2014 (ROJ: STSJ CV 10326/2014).

En definitiva, la cuestión es determinar el régimen de los padres respecto de sus hijos, con independencia de la causa por la que no conviven o sino han convivido nunca.

Al no hacer referencia a la minoría de edad de los hijos se entiende su aplicabilidad a hijos con capacidad modificada cuando se haya acordado en sentencia la prórroga o rehabilitación de la patria potestad.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, según el art. 2 de la Ley, será aplicable respecto de hijos sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana, de acuerdo con el art 3.4 del Estatuto de Autonomía y las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil.

De lo que se desprende que el ámbito de aplicación de la Ley 5/2011 viene determinado por la vecindad civil valenciana de los hijos, lo que es avalado en el propio Preámbulo de la Ley al establecer que *“su ámbito de aplicación viene determinado por el criterio de la vecindad civil valenciana de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores”*.

En el citado art. 3.4 del Estatuto ⁵²¹se establece que *“el derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme al Título Preliminar del Código Civil”*. Por ello, las disposiciones de la Ley serán aplicables a los menores con vecindad civil valenciana donde quiera que residan.

Por su parte, el art. 9.4 CC establece que *“el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta se estará a la residencia habitual del hijo”*.

3.5.3. Carácter preferente de la custodia compartida y el interés del menor.

⁵²¹ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE nº 86, 11/04/2006.

La Ley 5/2011, es más contundente que las otras legislaciones forales, al situar la custodia compartida como medida judicial preferente. La legislación valenciana insta una presunción legal *iuris tantum* de que el régimen más beneficioso para un menor es el de convivencia compartida, que deberá ser el acordado por los Tribunales salvo que los medios de prueba practicados en el proceso lo desmientan como tal⁵²².

Así, de conformidad con el art. 5.2, a falta de pacto entre los progenitores, la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, atribuirá, como regla general⁵²³, a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos⁵²⁴.

Al mismo tiempo, se establecen, en el art.5.3, los factores que se han de tener en cuenta para la aplicación de este régimen general de custodia compartida. Lo que convierte en criterio prevalente la custodia compartida, resultando excepcional el régimen de custodia individual en los términos del punto 4 de dicho precepto que establece que “ *la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan* ”, invirtiendo el principio de excepcionalidad del régimen de custodia compartida a falta de acuerdo de las partes en los términos del del art. 92.8 CC , en relación en cuanto la modificación de medidas con lo establecido en el art. 91 del mismo texto legal .

Para el legislador valenciano el régimen de convivencia compartida resulta la mejor solución para los menores, por cuanto les permite seguir relacionándose con cada uno de sus progenitores, garantizándoles el derecho de crecer y vivir con sus padres.

⁵²² SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 12 Julio 2013, rec. 356/2013 (ROJ: SAP A 2784/2013)

⁵²³ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 27 Feb. 2014, rec. 590/2013 (ROJ: SAP A 386/2014) y 30 Mayo 2014, rec. 705/2013 (ROJ: SAP A 1397/2014).

⁵²⁴ El legislador aragonés no hace referencia alguna a las malas relaciones entre los cónyuges, si bien si que se refiere a que la oposición de uno de los cónyuges no será base suficiente para denegar la custodia compartida (art. 80.5 CFA).

Y estamos de acuerdo, sin embargo, debemos añadir que solo cuando se den las condiciones para ello, puesto que entendemos que no puede imponerse a cualquier precio la custodia compartida ya que el interés del menor lo prohíbe. Es por ello, que el interés superior del menor constituye, como hemos afirmado, el límite y punto de referencia último de ambos regímenes de custodia (individual o compartida)⁵²⁵ y que se ha integrado en cada caso concreto, dando contenido específico a ese concepto jurídico indeterminado.

Para los Tribunales de la Comunidad Valenciana “*este interés de los niños no debe ser medido bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -derecho francés, son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité...c'est son équilibre psyquique qu'il faut mettre aupremier rang"- o al amplio concepto de bienestar aplicando el, "Welfare principle" anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor*”⁵²⁶. Y siguiendo esa línea no puede atribuirse un régimen concreto de custodia con carácter preferente sobre el otro sino que debe atenderse al caso concreto.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2011, algunas Audiencias Provinciales⁵²⁷ destacaron que los beneficios del régimen de custodia compartida, cuando se daban las circunstancias favorables, eran muy superiores a los eventuales inconvenientes, reseñando los siguientes entre los mismos:

“a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, (...) y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma

⁵²⁵ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 19 Oct. 2015, rec. 843/2015 (ROJ: SAP V 4135/2015).

⁵²⁶ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 21 Oct. 2015, rec. 761/2015 (ROJ: SAP V 4142/2015).

⁵²⁷ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 24 Abril 2009, rec. 87/2009 (ROJ: SAP A 1031/2009) y Sección 6ª, 23 Julio 2013, rec. 761/2012 (ROJ: SAP A 3072/2013).

de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.

b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, (...): miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.

c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.

e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, ...

f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional,...

h) Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.....”.

Estamos de acuerdo con la matización que hace la citada Audiencia Provincial, al exigir que se den “*las circunstancias favorables*” para adoptar la custodia compartida. Sin embargo, debemos objetar a la misma que recoge todas las bondades de la custodia compartida pero se olvida de lo más importante, que es determinar cuáles son esas circunstancias que la hacen favorable. Ahí está el *quid* de la cuestión a nuestro entender.

Para algunos magistrados⁵²⁸, y compartimos su opinión, la regla general de la custodia compartida no tiene carácter automático, ni tan siquiera cuando se solicite por ambos progenitores. En términos generales, la guarda y custodia compartida es buena, pero esa bondad no debe ser aplicada sin más a cualquier relación. Al igual que tampoco antes era predicable que la custodia exclusiva hubiere de entenderse como el régimen de aplicación directa y automatizada, no es posible una sencilla visión solo teórica y bajo pronósticos de alcanzar fines utópicos sin atender a si se dan o no las circunstancias que aconsejen un régimen u otro de custodia.

Así se ha manifestado⁵²⁹ que es indudable que todas las ventajas teóricas que se predicen de la custodia compartida no están impuestas automáticamente por cuanto no impide la acreditación de su inconveniencia a un determinado caso en virtud de las circunstancias constatadas, por eso suele decirse que es “*para aquellos casos en que proceda*”. Se invoca que para el Tribunal Supremo⁵³⁰ la custodia compartida es el sistema acordable como preferente pero “*siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*”. Se añade que el Alto Tribunal ha manifestado que al margen de las virtudes de cada progenitor pueda presentar en orden a su capacidad y voluntad de ejercer una maternidad/paternidad responsable, no cabe olvidar que lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el art. 92, nos dice el TS⁵³¹, como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven.

⁵²⁸ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L. *op. cit.* p. 13. “*Pese a la preferencia del régimen de convivencia compartida sobre el individual, esta opción no es en modo alguno automática, por cuanto que en el propio artículo 5 se contempla una serie de factores a tener en cuenta por la autoridad judicial antes de fijar el régimen de convivencia, a la vista de la propuesta de pacto de convivencia que cada progenitor presente*”.

⁵²⁹ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 2 Junio 2015, rec. 53/2015 (ROJ: SAP CS 636/2015).

⁵³⁰ STS, Civil, Sección 1ª, 29 Abril 2013, rec. 2525/2011 (ROJ: STS 2246/2013).

⁵³¹ STS, Civil, Sección 1ª, 7 Julio 2011, rec. 1221/2010 (ROJ: STS 4824/2011) y 10 de enero de 2012, rec. 1784/2009 (ROJ: STS 628/2012).

En esta línea, algunas Audiencia Provinciales⁵³² han manifestado que aunque es cierto que el art. 5.2 de la Ley 5/2011 contempla el régimen de convivencia compartida como la primera opción en el planteamiento que exige la problemática de la ruptura familiar y separación convivencial de los progenitores, *“ello no supone que su adopción sea poco menos que automática, puesto que por encima de los derechos de ambos progenitores aparece siempre el interés del menor al que alude constantemente nuestra jurisprudencia como factor decisivo a la hora de las previsiones judiciales en la materia”*. Se invoca en apoyo de tal argumentación la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia en cuyo art. 22 se configuró el sistema de principios en los términos de respeto del principio de coparentalidad⁵³³ y preservando el derecho de cada menor a *“crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos”*, al tiempo que el derecho de cada menor, separado de un progenitor, *“a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular”* y el derecho de cada menor *“a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados”*. Añadiendo que no cabe ignorar que tales intereses quedan a menudo satisfechos con el establecimiento de guardas exclusivas compaginadas con amplios programas de visitas, ni cabe ignorar que la Ley 22/2008 finaliza indicando que en la observancia de estos derechos, prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social.

Como ya hemos dicho, en el art. 5.4º se establece, como regla excepcional, la custodia exclusiva en favor de un progenitor. Para nosotros es uno de los mayores errores del legislador valenciano, pues con ello esta penalizando o atribuyendo a la custodia individual un rango inferior a la compartida cuando nunca debería ser así. No

⁵³² SSAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 8 Oct. 2012, rec. 110/2012 (ROJ: SAP CS 1056/2012), 5 Dic. 2012, rec. 165/2012 (ROJ: SAP CS 1342/2012), 23 Enero 2013, rec. 130/2012 (ROJ: SAP CS 107/2013), 18 Abr. 2013, rec. 213/2012 (ROJ: SAP CS 576/2013), 23 Junio 2014, rec. 89/2014 (ROJ: SAP CS 728/2014), 23 Junio 2015, rec. 68/2015 (ROJ: SAP CS 701/2015) y 16 Nov. 2015, rec. 142/2015 (ROJ: SAP CS 996/2015).

⁵³³ *“Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses”*.

podemos generalizar cuando hablamos de menores, lo que es bueno para un menor no lo es para otro.

3.5.4. Los criterios legales para determinar el régimen de custodia- compartida o individual- de los hijos menores⁵³⁴.

No obstante lo dicho, el propio art. 5 contempla una serie de factores a tener en cuenta por la autoridad judicial antes de fijar el régimen de convivencia, a la vista de la propuesta de pacto de convivencia que cada progenitor presente:

a) La edad de los hijos e hijas.

Este es el primero de los requisitos a los que se remite el citado artículo para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado para los hijos menores después de la ruptura.

Sin embargo, nada dice la ley sobre qué influencia tiene la edad de los hijos a la hora de determinar un régimen de convivencia y si hay determinadas edades en las que, *a priori*, sea más conveniente una convivencia compartida o exclusiva y, únicamente, en caso de lactantes abre la puerta a fijar por esta causa un régimen que se acerca más a la convivencia individual, pero siempre con carácter temporal, transitorio y progresivamente ampliable⁵³⁵.

Como hemos visto, este criterio no viene mencionado en el Código Civil de Cataluña pero sí en la Ley Foral 3/2011 de Navarra y en el Código Foral de Aragón. Por lo que respecta a la Ley valenciana se recoge expresamente que en el supuesto de

⁵³⁴ La SAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 07 Julio 2015, rec. 195/2015 (ROJ: SAP A 1738/2015) y la de 17 Julio 2015, rec. 282/2015 (ROJ: SAP A 1810/2015) opta por la custodia compartida atendiendo a los siguientes criterios “...los dos están suficientemente capacitados para asumir la misma, pues tienen unas circunstancias laborales y unas disponibilidades horarias favorables pues ambos son médicos de profesión, y sin olvidar que la madre se ha ocupado de manera mas prioritaria del cuidado del menor durante el matrimonio y la separación de hecho, no existe obstáculo acreditado alguno en el padre para el cuidado de éste, por lo que, esta Sala al igual que el juzgador de la instancia, entendemos que la custodia compartida es la solución indicada, atendiendo en todo momento al interés superior del menor”.

⁵³⁵ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L. *op. cit.* p. 13.

menores lactantes⁵³⁶ “*se podrá*” establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del menor, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores⁵³⁷.

Creemos que esta referencia a los menores lactantes se hace con la finalidad de evitar las evidentes dificultades que se pueden derivar de acordar una guarda compartida cuando la ruptura de los progenitores se produce siendo el menor un bebe lactante. Sin embargo, dichas dificultades persisten incluso cuando no es lactante o deja de serlo, pues con carácter general se viene considerando inadecuada la custodia compartida de niños de muy corta edad. Es la llamada “*tierna infancia*” y como decíamos se fija en los 3 años de edad.

En este sentido la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959, recuerda que “*salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre*”.

Así, la Audiencia Provincial de Valencia⁵³⁸ mantuvo la custodia a favor de la madre de un bebe de seis meses vinculada al mantenimiento de la lactancia materna, y estableciendo un régimen progresivo de contactos y visitas con el padre hasta llegarse a los tres años a la custodia compartida. Esa misma Audiencia Provincial⁵³⁹ ha considerado conveniente mantener la custodia monoparental entendiendo que dicho régimen resulta más adecuado al interés de los menores, teniendo en cuenta,

⁵³⁶ Para la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 14 Dic. 2015, rec. 976/2015 (ROJ: SAP V 4167/2015), es ese interés de los menores, que todavía compatibilizan su alimentación con la lactancia materna, la que determina el mantenimiento de la custodia materna.

⁵³⁷ Según la Organización Mundial de la Salud “*El examen de los datos científicos ha revelado que, a nivel poblacional, la lactancia materna exclusiva durante 6 meses es la forma de alimentación óptima para los lactantes. Posteriormente deben empezar a recibir alimentos complementarios, pero sin abandonar la lactancia materna hasta los 2 años o más*”. http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/es/. Consulta 4/09/2016.

⁵³⁸ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 21 Oct. 2015, rec. 1271/2015 (ROJ: SAP V 4138/2015). Para la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 22 Sept. 2015, rec. 451/2015 (ROJ: SAP V 4079/2015), “*lo que ha determinado que hasta que el menor cumpla los dos años se establezca un régimen progresivo de visitas, que se considera adecuado, a fin de alcanzar al cumplir los dos años la custodia compartida entre ambos progenitores finalidad última que debe alcanzarse trascurrido ese periodo de tiempo de adaptación del menor*”.

⁵³⁹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 16 Dic. 2015, rec. 906/2015 (ROJ: SAP V 4249/2015).

principalmente, la edad de los mismos ya que se encontraban “*los dos más pequeños, en una etapa evolutiva en la que requieren de sus progenitores, en particular, estabilidad y seguridad para desarrollar sus habilidades de comunicación y autoestima.... por otra parte, la hija mayor, ... que tenía ya trece años, ha expresado su deseo de seguir viviendo con su madre*”.

En ambos casos, dicha Audiencia prescinde del carácter preferente de la custodia compartida “descendiendo” al caso concreto y velando por lo que resulta más beneficioso para esos menores, en concreto.

También la Audiencia Provincial de Alicante⁵⁴⁰ ha justificado el cambio a un régimen de convivencia conjunta, con el argumento de que “*el menor se encuentra próximo a cumplir los diez años, edad en la que ya no existe la dependencia materna propia de los primeros meses de vida*”.

Parece que los Tribunales valencianos son partidarios de no acordar la custodia compartida respecto de menores de corta edad, criterio que compartimos pues creemos que es conveniente que los niños muy pequeños tengan pautas que les permitan consolidar cuanto antes una figura y un ambiente familiar de referencia, así como sentar rutinas, evitando cambios frecuentes de casa y de hábitos.

b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieren madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.

La opinión de los hijos viene referida, una vez más, al derecho que tienen a ser oídos. El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, como ya hemos dicho, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe tenerse en cuenta pero no puede erigirse en elemento decisorio sino que debe ser valorado conjuntamente con otros factores.

⁵⁴⁰ SAP Alicante, Sección 9ª, 30 Oct.2013, rec. 534/2013 (LA LEY 204200/2013).

Naturalmente no cabe desconocer, sin la ponderación de los otros criterios contemplados en la norma, y la debida justificación o especial motivación, los deseos de los menores, cuando tienen suficiente juicio⁵⁴¹. En cualquier caso, parece claro que la opinión de los menores será tanto más importante cuanto, más cerca se hallen de alcanzar la mayoría de edad⁵⁴².

Sin embargo, para que el deseo del menor con suficiente juicio pueda ser atendido, se ha exigido que⁵⁴³: “a) *su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores*”.

Así, la Audiencia Provincial de Valencia⁵⁴⁴ ha mantenido la custodia a favor de la madre “*habida cuenta que la hija cumple 18 años dentro de 3 meses, y ha revelado inequívocamente su voluntad de seguir con su madre, dando cumplida explicación de ello en su exploración*”. Es más, algunos Tribunales han señalado que no es necesario que exista una mala relación entre un progenitor e hijo para que pueda justificarse la convivencia individual sino que se ha considerado como muy determinante la voluntad de un menor de 14 años⁵⁴⁵, que destacaba por su madurez y buen rendimiento académico. En estas resoluciones la citada Audiencia Provincial deja de lado el carácter preferente de la custodia compartida y atiende al superior interés del menor en el caso concreto.

⁵⁴¹ SAP Alicante, Sección 6ª, 23 Julio 2013, rec. 761/2012 (ROJ: SAP A 3072/2013). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 15 Mayo 2013, rec. 1284/2012 (ROJ: SAP V 1869/2013) y 17 Feb. 2014, rec. 880/2013 (ROJ: SAP V 638/2014).

⁵⁴² Para la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 7 Nov. 2014, rec. 747/2014 (ROJ: SAP V 5143/2014), resulta determinante la opinión de los hijos, mayores de doce años y con madurez suficiente, “*Alfredo cumplió 18 años el 20 de febrero de presente año, siendo mayor de edad, y Coro cumplió 14 años el pasado 18 de mayo, ambos manifestaron que estaban bien en el régimen de guarda que ha venido rigiendo en las relaciones con sus progenitores*”.

⁵⁴³ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 14 Nov. 2014, rec. 108/2014 (ROJ: SAP A 3440/2014).

⁵⁴⁴ SAP Valencia, Sección 10ª, 23 Sept. 2013, rec.524/2013 (LA LEY 181138/2013).

⁵⁴⁵ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 2 Junio 2015, rec. 53/2015 (ROJ: SAP CS 636/2015).

Al mismo tiempo esa misma Audiencia Provincial⁵⁴⁶, ha sustituido el régimen de convivencia individual por otro de convivencia compartida, atendiendo principalmente a la *“disposición de las menores que ya cuentan con 15 años de edad, y la preferencia del sistema compartido de guarda que establece nuestra legislación autonómica”*.

No obstante, el TSJCV⁵⁴⁷ no es partidario de imponer el régimen de custodia compartida contra la voluntad de un menor *“que contaba 15 años al tiempo de presentación de la demanda, y, por tanto, con suficiente grado de madurez...”*, por considerarlo *“contrario a los principios inspiradores de la legislación en materia de infancia y adolescencia, en particular a lo dispuesto en el artículo 3-1 de la Convención, vinculación de los Tribunales a la primacía de ese principio”*.

No ha faltado alguna resolución judicial que ha matizado este criterio, entendiendo el principio del interés superior del menor, que puede aconsejar el establecimiento de un régimen de convivencia compartida, a pesar de la opinión contraria de aquel⁵⁴⁸. En este sentido la Audiencia Provincial de Alicante⁵⁴⁹ ha explicado que, aunque *“ciertamente, la opinión de un menor de catorce años debe tenerse en cuenta”*, sin embargo, sus *“posibles preferencias, fruto del egoísmo propio de la edad (siguiendo las palabras de la perito) no tienen por qué ser interpretadas como lo más beneficioso a sus intereses, pues no parece que el egoísmo o la comodidad tengan que ser valores preeminentes frente al cariño, el contacto directo y las enseñanzas que le puede transmitir la vida en común con su padre”*.

c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos menores y la capacidad de cada progenitor.

⁵⁴⁶ SAP Valencia, Sección 10ª, 14 Oct. 2013, rec. 560/2013 (LA LEY 173464/2013).

⁵⁴⁷ STSJ C. Valenciana, Civil, Sección 1ª, 23 Julio 2015, rec. 4/2015 (ROJ: STSJ CV 3397/2015).

⁵⁴⁸ Para la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 10 Dic. 2015, rec. 986/2015 (ROJ: SAP V 4157/2015), la preferencia del hijo por continuar con la custodia monoparental no constituye un impedimento en atención al resto de circunstancias concurrentes. En el mismo sentido la SAP, Civil, Sección 9ª, 18 Sept. 2015, rec. 848/201 (ROJ: SAP A 2803/2015).

⁵⁴⁹ SAP Alicante, Sección 9ª, 12 Julio 2013, rec. 356/2013 (LA LEY 125056/2013).

Lo que ha llamado el criterio del cuidador primario se recoge como factor a valorar de forma expresa en la Ley Valenciana mientras que el CDFA y la Ley de Navarra no recogen este criterio de forma explícita.

Es uno de los criterios, como no podía ser de otro modo, al que se da prioridad por los Tribunales y que, en ocasiones, determina el modelo de convivencia posterior a la ruptura de los padres. Estamos ante *“circunstancias verdaderamente relevantes porque lo que se intenta al fijar el régimen de custodia o convivencia es que los hijos experimenten el menor cambio posible en relación con la situación anterior a la ruptura, dejando aparte el inevitable cambio que supone dejar de convivir simultáneamente con ambos progenitores”*⁵⁵⁰.

Ver quién se ha venido ocupando de los hijos durante la convivencia familiar y las capacidades parentales de cada progenitor son factores muy decisivos a la hora de optar por uno u otro régimen de convivencia. Resultaría, cuanto menos extraño, pretender un régimen de convivencia compartida o individual por parte de un progenitor que durante la convivencia familiar se ha desatendido completamente del cuidado de los hijos⁵⁵¹.

Para otros Tribunales, el factor de la dedicación pasada a la familia habrá que interpretarlo, con cierta flexibilidad, porque el hecho de que el menor, por ejemplo, durante sus primeros años de vida, haya pasado más tiempo con uno de los progenitores, generalmente la madre⁵⁵², en sí mismo, no puede impedir el cambio a un régimen de convivencia compartida, si éste resulta más conveniente para el mismo.

⁵⁵⁰ CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L. *op. cit.* p. 13.

⁵⁵¹ *Íbid.* p.13.

⁵⁵² Para la SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 10 Oct. 2012, rec. 108/2012 (ROJ: SAP CS 1059/2012), *“El hecho de que el sistema de custodia materna (en este caso, la paterna) haya funcionado perfectamente no puede ser impedimento para que, conforme dispone la Ley valenciana 5/11 (art. 5 y disposición transitoria primera de dicha ley), se instaure el régimen de custodia compartida que en dicha Ley se establece como principio general y con vocación de implantación del mismo incluso en los supuestos ya consolidados con la normativa precedente (véase la D. Transitoria Primera”*. Sin embargo, la SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 9 Sept. 2015, rec. 386/2015 (ROJ: SAP A 2244/2015) considera que custodia compartida iría en contra de los intereses de los menores teniendo en cuenta que los mismos siempre han vivido con su madre que es la que se ha ocupado de su educación y crianza, así como la exploración de los hijos que contaban con 12 y 14 años de edad que manifestaron querer seguir viviendo con su madre.

Entendemos que en estos casos debería invertirse la carga de la prueba y que el progenitor que pretende el cambio es el que debe probar que es mas beneficio para el menor.

Sin embargo, a pesar de lo que dice la Ley, vemos que en la práctica, los Tribunales descienden al caso concreto. Así, la Audiencia Provincial de Valencia⁵⁵³, entre otras muchas, estableció un régimen de convivencia en favor exclusivo de la madre, apoyándose en el informe psicológico, que afirmaba que la misma *“había sido la principal figura de referencia en el desarrollo evolutivo de los menores”*. La misma Audiencia Provincial⁵⁵⁴ optó por el régimen de convivencia en favor de la madre, constatando *“la inexistencia de relación entre los progenitores y que existe un intenso conflicto, careciendo de vías para afrontar de manera conjunta las dificultades que puedan presentar sus hijos. La madre ha tenido un papel principal en el cuidado de los hijos y los menores se encuentran más vinculados a la madre (no trabajó y se dedicó al hogar desde el año 2006), lo que se corresponde con el mayor papel asistencial que ha ejercido, si bien los menores se encuentran vinculados también con el progenitor, siendo más adecuado el estilo educativo de la progenitora (menos permisivo que el paterno)”*.

En el mismo sentido se ha denegado la custodia compartida atendiendo a la escasa implicación del padre *“en la vida y necesidades de sus hijos, desconociendo las mismas, priorizando el conflicto que mantiene con la madre sobre el interés de sus hijos, a los que implica en dicho conflicto, suministrando información inadecuada a los menores y llevando a cabo una influencia negativa sobre los mismos en contra de la madre, lo que ha supuesto para los hijos un conflicto de lealtades, hasta el punto de que el hijo mayor había interiorizado la postura del padre”*⁵⁵⁵.

En ocasiones no se ha reprochado la escasa de dedicación de uno de los progenitores en la crianza de los hijos sino la notable falta de implicación en el cuidado

⁵⁵³ SAP Valencia, Sección 10ª, 25 Julio 2012, rec. 565/2012 (LA LEY 161948/2012).

⁵⁵⁴ SAP Valencia, Sección 10ª, 21 Oct. 2013, rec. 437/2013 (LA LEY 173510/2013).

⁵⁵⁵ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 15 Sept. 2015, rec. 313/2015 (ROJ: SAP A 1982/2015).

y educación de los menores “*evidenciada en un rosario de circunstancias para cuyo conocimiento no resulta precisa la convivencia, sino tan solo mostrar un mínimo de interés*”,⁵⁵⁶.

Por lo que respecta a la capacidad de los progenitores, resulta evidente que la capacidad parental para procurar el bienestar de los hijos y ofrecerles un entorno estable y adecuado es un criterio decisivo para decidir el modelo de guarda y custodia. Es la aptitud parental condición ineludible, pero eso no la convierte en condición única y suficiente; lo es el *bonum filii*⁵⁵⁷.

Se ha afirmado⁵⁵⁸ que en los supuestos en que ambos progenitores están suficientemente capacitados para asumir la guarda de sus hijos, teniendo circunstancias laborales y disponibilidades horarias favorables, aun en el supuesto de que la madre se hubiera ocupado de manera más prioritaria del cuidado de éstos, no constando obstáculo acreditado en el padre, la custodia compartida es la solución indicada, según establece el art. 5.2º de la Ley 5/2011, atendiendo al interés superior de los menores. No compartimos el criterio seguido por ese órgano judicial, no debe aplicarse la custodia compartida porque el legislador entienda que es la mejor solución sino porque lo es en ese supuesto concreto atendiendo a los criterios que se citan.

Se ha denegado la custodia compartida, por considerar que la misma no era aconsejable⁵⁵⁹, ante la poca disposición de uno de los progenitores para asumir sus obligaciones parentales, materializada en la ausencia de implicación en la educación y crianza de sus hijos hasta tal punto que desconocía “*las circunstancias académicas de los menores, sus rutinas extraescolares y en suma le impide conocer sus necesidades*”.

d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

⁵⁵⁶ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 17 Dic. 2014, rec. 60/2014 (ROJ: SAP A 4197/2014).

⁵⁵⁷ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 18 Julio 2014, rec. 111/2014 (ROJ: SAP CS 871/2014).

⁵⁵⁸ SSAP Alicante, Sección 4ª, 24 Oct. 2013, rec. 562/2012 (LA LEY 203254/2013), y 25 Oct. 2013, rec. 732/2012 (LA LEY 203257/2013).

⁵⁵⁹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 22 Julio 2014, rec. 251/2014 (ROJ: SAP V 3425/2014).

La Ley valenciana obliga al juzgador a recabar dichos informes puesto que es uno de los criterios que se establecen antes de fijar el régimen de convivencia en los supuestos de crisis familiar. Ello no ocurre en otros Derechos civiles forales ni en el ámbito del Derecho común que se establece con carácter facultativo la posibilidad de obtener estos informes, para establecer la custodia compartida.

Se ha manifestado⁵⁶⁰, y estamos totalmente de acuerdo, que en la difícil tarea de optar por la custodia individual o compartida en los casos en los que ambos progenitores demuestran interés por el cuidado de sus hijos y denoten iguales facultades para asumirla, para determinar cuál es la mejor opción que preserva el interés de los menores, el juzgador debe asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia quienes por su formación están en mejores condiciones de determinar, en cada caso concreto, cuál es la mejor opción para el interés de los menores.

Para los Tribunales⁵⁶¹, en el ámbito de los procesos familiares, habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, afirman que debería ir acompañada de tales informes, más si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido) los que, sin perjuicio, de la voluntad de los menores (cuando tengan capacidad para expresarla), ayuden al juzgador a determinar en cada caso, cuales el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor.

Sin embargo, los informes periciales no pueden ser vinculantes para los Tribunales, y deben ser valorados en sus justos términos, y sometidos a las reglas de la sana crítica⁵⁶². Pues como ha afirmado el Tribunal Supremo⁵⁶³ “*no existen reglas*

⁵⁶⁰ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 26 Nov. 2015, rec. 419/2015 (ROJ: SAP V 4208/2015).

⁵⁶¹ SSAP Valencia, Sección 10ª, 23 Sept. 2013, rec. 524/2013 (LA LEY 181138/2013) y 14 Oct. 2013, rec. 404/2013 (LA LEY 173465/2013).

⁵⁶² SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 23 Dic. 2014, rec. 181/2014 (ROJ: SAP CS 1330/2014).

⁵⁶³ STS, Civil, Sección 1ª, 6 Oct. 2004, rec. 2504/1998 (ROJ: STS 6257/2004).

preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial”, de modo que el juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial, si bien debe entenderse que la valoración que se haga por el Juzgado no sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Alicante⁵⁶⁴ ha recordado que “*el juzgador no está sujeto o vinculado a ningún parámetro valorativo tasado o legal en su ponderación de los dictámenes periciales*”. Aunque no puede ignorarse la “*importancia de las opiniones técnicas expuestas por los peritos en el proceso ello no debe desvirtuar el verdadero papel de éstos, que no es sustituir al juez, sino auxiliarlo*”.

Se ha optado por la custodia compartida cuando no existen informes que justifiquen el mantenimiento del régimen de custodia individual, entendiéndose que sin su concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental. Se ha añadido que la carga de la prueba en este particular corresponde al progenitor que, apartándose del régimen normal según la legislación vigente autonómica pretenda la convivencia individual⁵⁶⁵. No podemos estar más en desacuerdo.

También se ha atribuido el régimen de convivencia compartida, cuando no existe ninguna prueba pericial que justifique la aplicación de la norma excepcional frente al criterio general fijado por la ley⁵⁶⁶. No obstante, a la vista del contenido de los informes psicológicos y psicosocial se ha optado por la guarda exclusiva ya que no se daban todas las circunstancias necesarias para que se pudiesen llegar a una custodia compartida⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ La SAP Alicante, Sección 9ª, 12 Julio 2013, rec. 356/2013 (LA LEY 125056/2013), en el caso concreto, contra la opinión del psicólogo, sustituyó el régimen de convivencia en favor de la madre, que había sido establecido cuatro años antes, por un régimen de custodia compartida. Para ello, tuvo en cuenta que, según se deducía del informe psicológico, el padre había obtenido un mejor resultado que la madre en el test que valoraba sus respectivas habilidades como cuidadores para ejercitar la responsabilidad parental («medio», frente a «medio-bajo»).

⁵⁶⁵ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 26 Junio 2015, rec. 954/2014 (ROJ: SAP A 1994/2015).

⁵⁶⁶ SAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 07 Julio 2015, rec. 195/2015 (ROJ: SAP A 1738/2015).

⁵⁶⁷ SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 09 Sept. 2015, rec. 265/2015 (ROJ: SAP A 2245/2015).

El TSJ de la C. Valenciana ha manifestado respecto del art. 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, *“que el establecimiento o, en su caso, el mantenimiento del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto”*⁵⁶⁸. Sin embargo, ha admitido excepciones a la necesidad de informe pericial para conceder la custodia monoparental, manifestando que *“debe introducirse una matización en el sentido de que el tribunal, en aras de preservar la primacía de ese principio, podrá fundar una decisión de constitución de régimen de custodia monoparental sin la concurrencia de informes, cuando de la exploración del menor y de otros medios de prueba se deduzca la concurrencia de factores previstos en el 5.3 que justifiquen la prevalencia de la voluntad del menor sobre la de sus progenitores, siempre que concurren circunstancias de las que se desprenda un grave incumplimiento de los deberes inherentes al progenitor”*⁵⁶⁹.

Para algunos Tribunales⁵⁷⁰, el régimen de convivencia compartida puede acordarse, incluso en ausencia de un informe psicológico que lo aconseje, cuando no lo ha pedido ninguna de las partes, ni se ha acordado de oficio, interpretando que el art. 5.3 d) Ley 5/2011 no lo exige necesariamente, sino sólo *“cuando proceda”*, porque *“la presunción ha de ser la de que cualquier progenitor es capaz de asumir la paternidad”*. Criterio que rechazamos totalmente y que además es contrario a lo afirmado por esos mismos Tribunales en otras ocasiones.

⁵⁶⁸ STSJ C. Valenciana, Civil, Sección 1ª, 6 Sept. 2013, rec. 2/2013 (ROJ: STSJ CV 3922/2013).

Para la SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 14 Julio 2015, rec. 102/2015 (ROJ: SAP CS 771/2015): *“en la nueva regulación legal el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual o monoparental requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, atendidos los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental”*.

⁵⁶⁹ STSJ C. Valenciana, Civil, Sección 1ª, 23 Julio 2015, rec. 4/2015 (ROJ: STSJ CV 3397/2015).

⁵⁷⁰ SAP Alicante, Sección 9ª, 14 Feb. 2012, rec. 709/2011 (LA LEY 56385/2012).

Sin embargo, no son extraños los casos, en los que se decide en contra de la recomendación del perito, muchas veces, basándose en argumentos que resultan del propio informe psicológico, que son valorados de manera distinta a como lo ha hecho el perito que lo ha redactado⁵⁷¹.

En este sentido podemos desatacar que la Audiencia Provincial de Alicante⁵⁷², reiterando que el papel de los peritos, “*no es sustituir al juez, sino auxiliarlo*”, en contra de la recomendación del psicólogo, estableció también un régimen de convivencia conjunta, en sustitución del anterior. Para ello se apoyó en los mejores resultados obtenidos por el padre en su valoración en aspectos tales como asertividad, flexibilidad y capacidad de resolución del duelo, que constaban en el informe pericial.

e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.

La doctrina y los Tribunales se oponen a la convivencia compartida si ello supone el “*desarraigo de los hijos menores respecto de su círculo familiar, de amigos o de compañeros escolares*”⁵⁷³. Se pretende garantizar la mayor estabilidad de los menores. Sin embargo, se considera que la simple referencia a los cambios de ambiente no integra un supuesto de especial arraigo⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ SAP Valencia, Sección 10ª, 25 Julio 2012, rec. 565/2012 (LA LEY 161948/2012).

⁵⁷² SAP Alicante, Sección 9ª, 30 Oct. 2013, rec. 534/2013 (LA LEY 204200/2013)

⁵⁷³ CLEMENTE MEORO, M.: “El pacto de convivencia familiar y las medidas familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Tirant Lo Blanch, Monografías 760, Valencia 2011. p.63

La SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 17 Julio 2014, rec. 66/2014 (ROJ: SAP CS 872/2014) ha rechazado la custodia a favor de la madre a pesar de que ésta dispone de un mayor tiempo que el padre para poder estar con su hija, “*pero la atribución de la guarda y custodia a la madre representa que la hija cambie de localidad, de ambiente y de colegio. Nada ha quedado acreditado que la niña vaya a estar mejor en una localidad distinta a la que ha estado siempre. La niña nació en Castellón, ha estado en un determinado ambiente, y se ha integrado en el mismo, y dicho ambiente, no se ha acreditado que sea perjudicial para ella.*”

⁵⁷⁴ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 4 Abril 2014, rec. 621/2013 (ROJ: SAP A 1448/2014).

Para el TSJ Valencia⁵⁷⁵ la distancia entre las localidades de residencia de los padres “y los cambios de ambiente del menor” a que daría lugar el régimen de custodia compartida, “representan un obstáculo al éxito” de la misma.

CLEMENTE MEORO, define el arraigo familiar como “la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que convivan en los respectivos hogares” [cfr. art. 233-11.1 a) del CC de Cataluña]; y por arraigo social y escolar la red de relaciones del menor en su entorno escolar y extraescolar (actividades deportivas o de ocio, pertenencia a instituciones, centros lúdicos...). Todo ello parece que debe vincularse al domicilio de cada uno de los progenitores⁵⁷⁶.

En esa línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Castellón⁵⁷⁷, para dicho órgano judicial los cambios de domicilio, colegio y ciudad, no son buenos para los menores, añadiendo que en el supuesto de que tuviera que salir fuera algún progenitor, por cuestiones laborales o por cualquier otras, el menor debía quedar con el otro progenitor hasta que el primero regrese y pueda mantenerse el máximo de estabilidad posible en el entorno habitual del niño. Es decir, prima el entorno del menor y su estabilidad en un lugar concreto y determinado, y en el supuesto que dicho hecho no se produzca, que sea el otro progenitor el que se encargue del menor.

Finalmente, debemos decir que, también, se tiene en cuenta para conceder el régimen de custodia compartida que el menor se encuentre integrado en el círculo familiar de la nueva pareja del padre o madre y en el de sus abuelos paternos o maternos⁵⁷⁸.

f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.

⁵⁷⁵ STSJ Valencia, Sección 1ª, 6 Sept. 2013, rec. 2/2013 (LA LEY 151032/2013).

⁵⁷⁶ CLEMENTE MEORO, M. *op. cit.* p.66

⁵⁷⁷ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 26 Junio 2015, rec. 71/2015 (ROJ: SAP CS 648/2015).

⁵⁷⁸ SAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 14 Julio 2015, rec. 205/2015 (ROJ: SAP A 1751/2015).

Se trata, una vez más de un factor de especial relevancia por cuanto que la convivencia con los hijos requiere una disponibilidad horaria para poder atenderlos personalmente y que está directamente relacionada con los horarios laborales de los progenitores.

Así uno de los factores a ponderar en cuanto a la concesión de un régimen de custodia u otro es el horario flexible de trabajo de los progenitores, así como la red de apoyo familiar que tienen los mismos al objeto de conciliar la vida familiar y laboral⁵⁷⁹.

Los Tribunales han mantenido el régimen de guarda a favor de la madre en atención a la dedicación pasada de la misma a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos, y la posibilidad de una real y efectiva conciliación de la vida familiar y laboral⁵⁸⁰.

También se ha denegado la custodia compartida por “*la imprevisibilidad del progenitor para el caso de tal custodia de poder ejercer la misma por su trabajo, con un horario y viajes que le impedirían poder ejercerla*”⁵⁸¹. En el mismo sentido se ha optado por la custodia individual cuando la profesión de un progenitor exigía continuos desplazamientos, circunstancia que se consideró que no era la más idónea para ejercer en debida forma la convivencia compartida por no garantizar una mayor estabilidad y beneficio en el desarrollo integral de los menores⁵⁸².

La Audiencia Provincial de Alicante⁵⁸³ para sustituir el régimen de convivencia individual por otro de convivencia conjunta, tuvo en cuenta que, como consecuencia de

⁵⁷⁹ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 14 Julio 2015, rec. 102/2015 (ROJ: SAP CS 771/2015).

⁵⁸⁰ Para la SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 23 Dic. 2014, rec. 181/2014 (ROJ: SAP CS 1330/2014), a pesar de la buena voluntad de uno de los progenitores en asumir una guarda y custodia compartida, éste no dispone del tiempo necesario e imprescindible para ello. Afirmando que la guarda y custodia es personal, y no puede ser delegada de forma general en terceras personas, por lo que, en el supuesto de asumir una guarda y custodia compartida de forma semanal por ejemplo, no queda acreditado cual sería la intervención concreta del padre.

⁵⁸¹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 8 Oct. 2015, rec. 696/2015 (ROJ: SAP V 4122/2015).

⁵⁸² SAP Alicante, Civil Sección 4 del 01 de julio de 2015, rec. 225/2015 (ROJ: SAP A 1725/2015)

⁵⁸³ SAP Alicante, Sección 9ª, 12 Julio 2013, rec. 356/2013 (LA LEY 125056/2013).

la crisis de su empresa, el padre había pasado a tener una jornada laboral de veinte horas a la semana, lo que le permitía tener las tardes libres para cuidar de los niños.

No obstante, para otros Tribunales⁵⁸⁴ los posibles inconvenientes derivados del horario laboral de uno de los progenitores no tiene por qué afectar a la relación con los menores, reiterando los beneficios que un régimen de custodia compartida tiene para el menor como vía para mantener el contacto con ambos progenitores, implicar a estos de forma directa en el cuidado y educación de sus hijos y garantizar la menor alteración posible del régimen de vida del menor derivado de la separación de los progenitores.

g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo menor de edad.

La indisponibilidad de los progenitores para mantener el trato directo con sus hijos y poder llevar a cabo los deberes y responsabilidades que tienen para con ellos, en el periodo que les corresponda, constituye un factor determinante para optar por uno u otro régimen de custodia⁵⁸⁵. Así se valora no sólo la disponibilidad horaria sino también las capacidades parentales para ocuparse personalmente de las atenciones que precisan a todos los niveles los hijos.

Para la jurisprudencia, la circunstancia de que el padre o la madre se auxilien eventualmente de familiares cercanos para atender a sus hijos no debe conducir automáticamente a la denegación del régimen de convivencia compartida⁵⁸⁶, y estamos

⁵⁸⁴ SAP Alicante, Sección 9ª, 21 Sept. 2015, rec. 133/2015 (ROJ: SAP A 2807/2015).

⁵⁸⁵ Para la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 1 Junio 2015, rec. 369/2015 (ROJ: SAP V 2303/2015) *“la disponibilidad de horario permite a la madre pasar desde la hora de la comida hasta la noche con su hija, resulta determinante al caso para entender que resulta más favorable esta atención directa de unos de sus progenitores a la hora de determinar como más adecuado, atribuir la custodia a la madre, aun cuando pueda ofrecerse el más amplio trato de visitas de su padre”*.

⁵⁸⁶ Para la SAP Alicante, Sección 9ª, 28 Nov. 2012, rec. 441/2012 (LA LEY 226010/2012) no es obstáculo para el establecimiento de un régimen de convivencia conjunto *“que el padre que ya goza de un amplio régimen de visitas, vaya a necesitar eventualmente ayuda de tercera persona”*. También en sentencia de 30 Oct. 2013, rec. 534/2013 (LA LEY 204200/2013) valora la circunstancia de que el padre tenga una hermana en la ciudad de Alicante, cercana a Elche.

La SAP Alicante, Sección 9ª, 11 Marzo 2013, rec. 845/2012 (LA LEY 60161/2013) al conceder la custodia compartida señaló que *“ambos cónyuges con domicilios próximos y amplio apoyo familiar, pueden delegar en algún pariente la entrega y recogida de la menor”*.

de acuerdo, pues no son pocas las veces en que se cuenta con esta ayuda en situaciones en las que no existe ningún tipo de crisis familiar. Se ha manifestado que no es obstáculo para otorgar un régimen de convivencia compartida el hecho de que los progenitores sean auxiliados en el desempeño de sus funciones por la familia extensa (situación habitual cuando un progenitor debe compatibilizar la crianza con el trabajo), lo que no implica ni delegación de funciones parentales, lo que no resultaría aceptable, ni imposibilidad de compatibilizar la vida familiar y laboral⁵⁸⁷. Estamos totalmente de acuerdo, pero entendemos que es un argumento que también podría utilizarse para atribuir la custodia exclusiva, atendiendo al resto de factores que la hicieran más favorable para los hijos.

h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Pueden incluirse todos aquellos factores que no previstos anteriormente pueden tener importancia a la hora de establecer el régimen de convivencia compartida, entre otros, podemos destacar los siguientes:

- La distancia entre los domicilios de los progenitores.

En ocasiones, la circunstancia de que los domicilios de los padres se encuentren en distintas localidades ha sido un motivo para denegar la guarda compartida⁵⁸⁸. Sin embargo, otras veces, la distancia geográfica no ha sido un impedimento para que se pueda otorgar este régimen⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ SSAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 20 Nov. 2014, rec. 791/2014 (ROJ: SAP V 5699/2014) y 20 Nov. 2014, rec. 343/2014 (ROJ: SAP V 5878/2014). Para esta última con el apoyo familiar o asistencia externa puede solucionarse los problemas derivados de la falta de disponibilidad para tener un trato directo con los hijos, ya que *“la mayor parte de las personas trabajadoras, sean padres o madres, su horario laboral no es coincidente con el escolar de sus hijos, y no por ello dejan de ser aptos para responsabilizarse de su cuidado y atención”*.

⁵⁸⁸ SAP Castellón, Civil, Sección 10ª, 12 Dic. 2014, rec. 986/2014 (ROJ: SAP V 5770/2014). SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 26 Junio 2015, rec. 149/2014 (ROJ: SAP CS 649/2015). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 03 Dic. 2014, rec. 859 /2014 (ROJ: SAP V 5740/2014) y la de 21 Oct. 2015, rec. 761/2015 (ROJ: SAP V 4142/2015) que mantiene la custodia a favor de la madre atendiendo, entre otros factores a la enorme distancia entre los domicilios de los progenitores, lo que considera incompatible con una custodia compartida.

⁵⁸⁹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 2 Dic. 2014, rec. 793/2014 (ROJ: SAP V 5734/2014).

- La conflictividad de los progenitores o inexistencia de relación entre los mismos⁵⁹⁰.

Para algunas resoluciones judiciales el nivel de conflictividad entre los padres no puede ser un óbice o inconveniente insalvable para otorgar la custodia compartida, ya que dicha situación de conflicto puede derivar de la situación de divorcio judicial de la pareja, y del conflicto que ello genera por sí mismo. Sin embargo, se ha rechazado la custodia compartida en atención a la inexistencia de relación entre los progenitores y a la persistencia de un intenso conflicto⁵⁹¹.

Incluso, en ocasiones, se ha instaurado la convivencia compartida para tratar de obtener unos logros y soluciones a unos problemas relacionales latentes. En cuyo caso, consideramos que se han alterado los términos de planteamiento. La convivencia compartida ha de acordarse por ser ya lo deseable, por acomodarse a una continuidad de bienestar verificado. No al revés⁵⁹².

- Las diferencias de estilos educativos o en todo lo relativo al cuidado del menor.

Es evidente que si ambos progenitores tienen la capacidad de mantener un sistema educativo común, éste será un factor favorable a la custodia compartida. Así se ha mantenido que *“la guarda y custodia compartida presupone, entre otras cosas, unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etcétera, y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos”*⁵⁹³.

No obstante, la diferencia de estilos educativos no tiene por qué suponer un perjuicio para el menor, y la cuestión a resolver es sí puede suponer un impedimento

⁵⁹⁰ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 14 Oct. 2015, rec. 884/2015 (ROJ: SAP V 4126/2015)

⁵⁹¹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 21 Oct. 2013, rec. 437/2013 (ROJ: SAP V 4300/2013).

⁵⁹² SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 30 Junio 2014, rec. 32/2014 (ROJ: SAP CS 869/2014).

⁵⁹³ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 24 Abr. 2009, rec. 87/2009 (ROJ: SAP A 1031/2009).

para conceder la guarda compartida ya que puede dar lugar a continuas desavenencias entre los progenitores, lo que podría conllevar al desequilibrio emocional del mismo⁵⁹⁴.

Para algunos Juzgados se trata de un problema siempre existente por más que un determinado régimen viniera a aplicarse, manifestando que resulta “*evidente que si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar al menor en un sistema de custodia exclusiva, resultando prioritario para los menores la presencia de las dos figuras parentales, dado que les ofrece tranquilidad*”⁵⁹⁵.

Sin embargo, no han faltado Juzgados que han considerado que “*concorre conflictividad entre los padres, no tanto en cuanto a su relación, pero si en cuanto a la organización de la vida cotidiana de la menor, no existiendo la debida comunicación entre los progenitores, en cuanto a régimen alimenticio, horarios y costumbres que la menor debe seguir*”. Añadiendo que la falta de comunicación y de acuerdos en los temas esenciales que afectan al menor repercute en su bienestar y desarrollo⁵⁹⁶.

Estamos de acuerdo en que, el supuesto de que los progenitores tengan modelos educativos radicalmente opuestos puede provocar continuos enfrentamientos que necesariamente van en perjuicio de los hijos.

⁵⁹⁴ ECHEVARRÍA GUEVARA, K. L., *La guardia y custodia compartida de los hijos*, Edit. de la Universidad de Granada, Granada, 2011, pp. 125-126.

⁵⁹⁵ Para la SAP, Civil, Sección 9ª, 14 Octubre 2015, rec. 101/2015 (ROJ: SAP A 2834/2015), el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la misma línea en las SSTs de 29 de abril de 2013, 19 de julio de 2013 ó 18 de noviembre de 2014.

⁵⁹⁶ Para la SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 18 Nov. 2014, rec. 445/2014 (ROJ: SAP A 3571/2014) resulta “*recomendable mantener el actual régimen de custodia materna, pues el mismo responde bien a las necesidades de la menor, que ya está acostumbrada a vivir en un contexto familiar, con una organización particular y con la presencia de su madre y hermanas. Y dada la edad de la menor el cambio de custodia supone un cambio en sus rutinas, más aún cuando existen pautas educativas diferentes, pues el ejercicio de un régimen de convivencia compartida comporta un cambio en la organización de la vida cotidiana de la menor para el que no está completamente preparada, dada su corta edad*”.

- Que los progenitores rehagan sus vidas⁵⁹⁷.

Se ha afirmado que en tal caso la relación será más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores convivían, pero lo que en ningún caso descalifica esta forma de custodia es el hecho, normal en estos casos, de que los padres rehagan su vida con nuevas parejas, situación que puede ser incluso positiva y de interés al menor.

- La no separación de los hermanos⁵⁹⁸.

Pese a no constar en la ley el criterio de no separar a los hermanos es un criterio general aceptado por los Tribunales. Sin embargo, hay resoluciones judiciales que han puesto de manifiesto la concurrencia de causas excepcionales que conducen a acordar medidas sobre la guarda de los menores que implican una separación de los hermanos, como lo son la notoria diferencia de edad⁵⁹⁹.

Se ha considerado una circunstancia sustancial y determinante el hecho de que uno de los progenitores tuviera hijos de otra relación, *“puesto que ello haría que siempre el padre, no pudiera tener a su hijo, y éste a su padre, en plena igualdad con la madre, cuando ésta tuviera hijos de otra relación, o viceversa, y este extremo no puede penalizar sin más al otro progenitor. En estos casos se debe buscar, que los hermanos estén el mayor tiempo posible, y armonizar los periodos para que coincidan, pero como se ha dicho, no penalizar por ello al otro progenitor, puesto que si importante es que el menor pueda estar con sus hermanos, también lo es, que pueda estar con el otro progenitor”*⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 30 Mayo 2014, rec. 705/2013 (ROJ: SAP A 1397/2014).

⁵⁹⁸ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 14 Dic. 2015, rec. 875/2015 (ROJ: SAP V 4161/2015).

⁵⁹⁹ La SAP de Castellón, sec. 2ª, de 22 de marzo de 2010 (ROJ: SAP CS 351/2010), en un supuesto en que dos hijas mayores se han ido a vivir con el padre, se atribuye la custodia de la tercera hija menor a la madre, con la que habían convivido todas las hijas, destacando la diferencia de edad existente entre las mayores y la menor, entendiéndose que la necesidad de compartir hechos y situaciones está algo más atenuada, y a la voluntad expresada por la hija.

⁶⁰⁰ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 27 Enero 2015, rec. 211/2014 (ROJ: SAP CS 23/2015).

3.5.5. El pacto de convivencia familiar.

El legislador valenciano viene a recoger una tendencia que ha sido seguida en las diversas normativas de las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia, otorgado una importante prevalencia a la autonomía de la voluntad de los progenitores.

El pacto de convivencia familiar se regula en el art. 4 de la Ley 5/2011. Es una figura paralela al convenio regulador regulado en el art. 90 del CC, que ha de ser aprobado por los trámites del art. 777 de la LEC.

Se entiende por tal el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley.

Sin embargo, no se prevé que dicho pacto pueda regular la liquidación del régimen económico matrimonial o la pensión compensatoria, pero si debe determinar el destino de la vivienda familiar y la cuantía y modo de sufragar los gastos relativos a los hijos.

Así pues, cuando los progenitores no convivan o su convivencia haya cesado podrán otorgar un pacto de convivencia familiar en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos.

El art. 4.2 LRF establece el contenido mínimo del pacto de convivencia familiar:

a) Régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores de edad, para garantizar su contacto con ambos progenitores.

El legislador valenciano ha sustituido el término *visitas* por el de *relaciones*, al igual que el catalán, para así manifestar claramente que el menor tiene derecho a

convivir con ambos y así que el progenitor no custodio quede reducido a un mero visitante⁶⁰¹.

b) Régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación.

El régimen de relaciones valenciano es idéntico al del CDFA. El CCCat, sin embargo, restringe las relaciones personales a abuelos y hermanos.

c) Destino de la vivienda y del ajuar familiar y, en su caso, el de otras viviendas familiares, que perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.

La ley valenciana es más amplia que el CC, pues éste únicamente se refiere al uso de la vivienda y ajuar familiar, mientras que la Ley 5/2011 no habla de “uso” sino de “destino”, lo que incluye otras posibilidades distintas a la simple asignación del uso, como puede ser la venta o alquiler del inmueble. Por otro lado no solo se limita al domicilio familiar sino que incluye el supuesto de que exista una “segunda vivienda”⁶⁰².

d) Cuantía y modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

El legislador valenciano se preocupa por dar una definición de los gastos de los hijos y así lo hace en el art.3 cuando establece que *“deben considerarse gastos ordinarios aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su*

⁶⁰¹ Fiscalía de la Comunitat Valenciana. *Nota de Servicio 1/2011, Fiscalía de la Comunitat Valenciana-Sobre Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de Hijos e Hijas cuyos Progenitores no Conviven (Régimen de convivencia compartida)*. Valencia, 2011. http://www.sepin.es/familia/VerDoc.asp?referencia=SP%2FLEG%2F9476&cod=0JP2MQ2AG0Hb07r0H00Fa2JJ1jR0Fk1S_1jQ0Fa1%2Fp0V10Ha1yA1Co0Fa17P0%26V0G_1q%261zp. Consulta 23/07/2016.

⁶⁰² CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L. *op. cit.* p.9.

convivencia”, añadiendo que “*deben considerarse gastos extraordinarios los que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional*”.

Finalmente, añadir que el legislador foral prevé las causas por las que podrá modificarse o extinguirse el pacto de convivencia familiar:

“a) Por las causas especificadas en el propio pacto.

b) Por mutuo acuerdo.

c) A petición de uno de los progenitores, cuando hubieran sobrevenido circunstancias relevantes.

d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados.

e) Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto.

f) Por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto”.

En todo caso se exige que el pacto de convivencia familiar, sus posibles modificaciones y su extinción sean aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal, para que produzcan sus efectos.

Para algunos autores esta exigencia de autorización judicial significa que el legislador no concede eficacia al pacto de convivencia familiar mientras no obtenga sanción judicial. Matizándose, que esa “*falta de eficacia deberá, sin embargo, entenderse reducida a las materias que conforman su contenido mínimo, esto es, aquellas que afectan a los hijos e hijas menores, pero no a otras cuestiones que, más allá de ese contenido mínimo, hubieran podido pactar los progenitores*”⁶⁰³.

⁶⁰³ *Íbid.* p.11

3.5.6. La violencia de género⁶⁰⁴.

Dispone el art. 5.6 de la Ley 5/2011 que *“excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares”*.

Sin embargo, la exclusión de la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores derivada de la supuesta comisión de delitos contra la persona del otro o de los hijos viene matizada en el precepto antes transcrito por dos menciones⁶⁰⁵: la primera es que la exclusión sólo procederá “excepcionalmente”; la segunda es que no es suficiente que uno de los progenitores “esté incurso en un proceso penal ... y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad” o que “la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género” sino que en uno y otro caso (la Ley sólo lo menciona para el primero pero es obvio que igualmente ha de exigirse, incluso con mayor razón, en el segundo) la improcedencia del régimen de convivencia para el progenitor inculcado se dará sólo *“siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la*

⁶⁰⁴ Para la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 24 Sept. 2015, rec. 576/2015 (ROJ: SAP V 4084/2015) la existencia de sentencia condenatoria en el ámbito del maltrato familiar es considerado por la ley autonómica así como por las normas comunes un obstáculo a la custodia compartida.

⁶⁰⁵ SSAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 30 Oct. 2014, rec. 408/2014 (ROJ: SAP A 3972/2014) y 18 Junio 2015, rec. 97/2015 (ROJ: SAP A 1712/2015).

aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor". Aunque son evidentes las dificultades que ello supone, la Ley obliga así a realizar en cada caso un pronóstico del riesgo objetivo que el régimen de convivencia habría de comportar⁶⁰⁶.

En este aspecto el legislador autonómico ha hecho suyo lo establecido en el art. 92.8º del CC. Si bien en el caso valenciano es suficiente para denegar la convivencia que el juez a la vista de las pruebas practicadas advierta la "*existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*".

Para los Tribunales⁶⁰⁷ es una causa legal de exclusión de la custodia compartida, contenida tanto en el Código Civil, como en la Ley Valenciana de Relaciones Familiares, la existencia de un procedimiento penal por violencia de género.

Sin embargo, para algunos órganos judiciales la simple existencia una sentencia condenatoria por un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia de género no permite resolver de forma automática, prohibiendo, por dicho hecho, el establecimiento de una guarda custodia única o compartida, debiéndose valorar, por lo tanto, de acuerdo con la Ley Valenciana, si la aplicación del régimen de convivencia, puede suponer un riesgo objetivo para las hijas, o para el otro progenitor⁶⁰⁸.

Finalmente, se prevé, que cuando el progenitor incurso en estos procedimientos sea absuelto, la revisión de oficio o instancia de parte de la ordenación de las relaciones familiares.

⁶⁰⁶ SSAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 28 Nov. 2013, rec. 80/2013 (ROJ: SAP A 4797/2013) y 19 Junio 2014, rec. 247/2014 (ROJ: SAP A 1797/2014).

⁶⁰⁷ SSAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 7 Julio 2014, rec. 186/2014 (ROJ: SAP V 3350/2014), 02 Abril 2015, rec. 1097/2015 (ROJ: SAP V 1297/2015) y 25 Nov. 2015, rec. 1255/2015 (ROJ: SAP V 4202/2015). La SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 19 Enero 2015, rec. 918/2014 (ROJ: SAP V 164/2015) manifestó que no era posible fijar la custodia compartida al estar pendiente un proceso penal, y no permitir la Ley atribuir la custodia a favor del progenitor, pero sí se fijó un régimen amplio de visitas.

⁶⁰⁸ SSAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 28 Mayo 2015, rec.16/2015 (ROJ: SAP CS 635/2015) y 23 Junio 2015, rec. 69/2015 (ROJ: SAP CS 701/2015).

La SAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 22 Enero 2015, rec. 539/2014 (ROJ: SAP A 277/2015), tuvo en cuenta que el proceso penal había terminado con absolución y, por tanto, otorgó la custodia compartida ya que el criterio general.

Por último, debemos añadir que la Disposición Transitoria Primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011 establece que *“a través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma”*.

Dicho esto, debemos recordar que las medidas establecidas a consecuencia de un procedimiento de divorcio pueden ser modificadas cuando varíen de modo sustancial las circunstancias que determinaron el establecimiento de las mismas, atendido el interés de los hijos, siendo la variación de circunstancias consecuencia de hechos nuevos y sobrevenidos, como se desprende de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 del Código Civil, lo que procesalmente se articula en el procedimiento de modificación de medidas en los términos del art. 775 de la LEC. No es posible sustituir por el cauce del procedimiento de modificación de medidas un régimen de custodia individual por otro de custodia compartida sin alegar ninguna alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptar las medidas que se pretenden modificar, pues ello determinaría una pura revisión de lo acordado volviendo a examinar y valorar nuevamente la prueba practicada en el proceso anterior, ya que no se daría la alteración de circunstancias que sustantivamente permite la modificación de medidas.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley valenciana 5/2011 no es preciso una modificación sustancial de circunstancias fácticas para su aplicación a situaciones anteriores, sino que basta la reforma legislativa para que pueda haber un replanteamiento de la situación y el régimen de convivencia aplicable.

Al respecto, el TSJCV⁶⁰⁹ ha manifestado *“que la modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior a la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, puede ser pedida en cada caso concreto al amparo de la modificación de las reglas para la determinación de la custodia producida por la*

⁶⁰⁹ STSJ C. Valenciana, Civil, Sección 1ª, 6 Sept. 2013, rec. 2/2013 (ROJ: STSJ CV 3922/2013).

dicha Ley valenciana de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la misma, porque en definitiva la alteración del régimen legal aplicable para la determinación de uno u otro régimen de custodia constituye una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la adopción de las medidas definitivas cuya revisión procederá o no en función de la aplicación de la nueva legislación sustantiva aplicable, sin perjuicio ni merma de otras alteraciones de las circunstancias que puedan concurrir en orden a la modificación de las medidas definitivas, lo que lleva a que la modificación de medidas se pueda producir indistinta o conjuntamente por la aplicación de la nueva regulación legislativa, o por otras alteraciones de las circunstancias tomadas en cuenta y existentes al tiempo de la adopción de las medidas definitivas”. Añadiendo que “la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye circunstancia que altera por si misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, en tanto en cuanto que el régimen jurídico aplicable resulte distinto al que regía en el momento de la adopción de las medidas definitivas, lo que lleva al examen -concreto y en cada caso- de si el régimen jurídico sustantivo establecido por la Ley valenciana comporta de su aplicación un resultado distinto al producido con arreglo al régimen legal anterior y por tanto la revisión de las medidas definitivas adoptadas con arreglo al nuevo régimen legal.”

Es decir, que el cambio legislativo ha abierto el camino para la incoación de eventuales procesos de modificación de medidas, pero no determina que sin más deba efectuarse una aplicación automática de la legislación autonómica, sino exclusivamente en aquellos casos en que la situación de hecho existente en el momento inicial, a la vista de la nueva regulación, hubiera sido merecedora de una resolución diferente. Lo que supone, que esta Disposición tiene un alcance puramente procesal, en la medida que el mero cambio legislativo justifica la incoación de un proceso de modificación de medidas, pero no tiene un alcance material, es decir, que para que se produzca de manera efectiva esa modificación, es preciso que el nuevo régimen legal hubiera determinado la imposición de unas medidas igualmente diversas, pero no si el régimen acordado judicialmente en aquel momento, igualmente se hubiera podido acordar bajo la nueva legislación autonómica⁶¹⁰.

⁶¹⁰ STSJ C. Valenciana, Civil, Sección 1ª, 1 Junio 2015, rec. 39/2014 (ROJ: STSJ CV 3416/2015). STSJ C. Valenciana, Civil, Sección 1ª, 6 Sept. 2013, rec. 2/2013 (ROJ: STSJ CV 3922/2013).

En conclusión, a pesar del carácter preferente que el legislador valenciano otorga al régimen de convivencia compartida, el criterio a seguir en orden al tipo de convivencia (compartida o individual) que se debe establecer en cada caso concreto, será el superior interés del menor, criterio de viene recogido en el art. 5.4 de la Ley. También en este sentido se han pronunciado los Tribunales, los cuales han manifestado que en todo caso, ya se aplique la Ley autonómica o la normativa estatal, “*ambas legislaciones consideran que lo que debe tenerse en cuenta antes de resolver acerca de la custodia de los hijos es el principio favor filii que es, en definitiva el que inspira toda la legislación de menores*”⁶¹¹.

Consideramos que la Ley valenciana debió prescindir del carácter preferente de la custodia compartía, regularla en igualdad a la individual y en atención a los criterios concretos que se proporcionan al juzgador y permitir que éste resuelva siempre tomado como único principio superior el interés del menor por encima de todos los de más intereses en juego, que es, precisamente, lo que ocurre en la práctica y así se observan de los datos publicados por el INE en relación con las custodias concedidas⁶¹² en la Comunidad Valenciana en los años 2013, 2014 y 2015⁶¹³.

⁶¹¹ SSAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 15 Enero 2013, rec. 1096/2012 (ROJ: SAP V 103/2013), 15 Enero 2013, rec. 989/2012 (ROJ: SAP V 105/2013).

⁶¹² Hemos recogido los datos en dos tablas, distinguiendo entre las separaciones y divorcios entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia.

⁶¹³ <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=06013.px>
<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=03014.px>
Consulta 11/10/2016.

SEPARACIONES entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede
2015						
TOTAL	4.642	124	1.655	605	3	2.255
C. VALENCIANA	600	14	193	94	0	298
2014						
TOTAL	5.025	122	1.915	528	7	2.453
C. VALENCIANA	592	8	200	91	0	293
2013						
TOTAL	4.896	138	2.062	465	3	2.229
C. VALENCIANA	611	15	275	69	0	252
DIVORCIOS entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia						
TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede	
2015						
TOTAL	95.685	2.586	35.387	12.469	188	45.055
C. VALENCIANA	10.703	242	3.524	2.116	30	4.791
2014						
TOTAL	99.882	2.838	39.116	11.401	225	46.302
C. VALENCIANA	11.687	248	4.189	2.022	25	5.204
2013						
TOTAL	94.885	2.804	38.360	9.032	167	44.522
C. VALENCIANA	11.376	295	4.393	1.626	18	5.043

3.6.- LA LEGISLACIÓN DEL PAIS VASCO.

3.6.1. Introducción.

El País Vasco, es la última Comunidad Autónoma en regular la custodia compartida con carácter preferente. Su Parlamento Autonómico, ha aprobado la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores⁶¹⁴.

El día 12 de abril de 2011 se presentó en el Parlamento Vasco la iniciativa legislativa popular de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos/as a su cargo o parejas sin hijos/as. Dicha iniciativa, iba acompañada de más de 85.000 firmas.

La citada Ley se dictó en el ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Vasca en las materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial.

La norma, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco nº 129 de 10 de julio de 2015, entró en vigor el pasado 10 de noviembre de 2015.

Según su propia Exposición de Motivos, la Ley responde a una necesidad social, ya que se ha aprobado a solicitud de una iniciativa popular y regula la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio, siempre velando por el interés superior de los menores y atendiendo a los requisitos establecidos en su art. 9.

La Ley 7/2015 es una ley corta, apenas 13 artículos, en la que expresamente no se decanta por la custodia compartida con carácter preferente, aunque implícitamente si aboga por la misma.

⁶¹⁴ BOE nº 176, 24/07/2015.

3.6.2. Ámbito objetivo y finalidad.

La Ley 7/2015, según su propia Exposición de motivos, tiene el objetivo primordial de defender el interés superior de los hijos menores en los casos de ruptura de la relación de sus progenitores, así como ayudar en la promoción de la igualdad. Considera, el legislador autonómico, que los menores tienen derecho a un contacto directo con sus progenitores de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, siempre que sea posible.

La Ley 7/2015 será de aplicación el ámbito territorial de la comunidad autónoma vasca, siempre que ambos progenitores o uno de ellos, tengan la vecindad civil vasca o su residencia habitual estuviera inmediatamente antes de la ruptura, en la comunidad autónoma de Euskadi.

Añadiendo la Ley, en su art. 2.2, que si uno de los progenitores ostenta la vecindad civil vasca⁶¹⁵ y el otro no, “*se estará a la vecindad civil vasca, si es la elegida por ambos progenitores en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio o constitución de la pareja de hecho*”. Añadiendo en el art. 2.3 que, “*en su defecto, se estará a la del lugar de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda o, en el caso de las parejas de hecho, de la residencia inmediatamente anterior a la disolución de la pareja de hecho, si se hallan situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi*”.

En la propia Exposición de Motivos se manifiesta que la Ley se fundamenta en la conjugación de los siguientes principios:

⁶¹⁵ El artículo 10 de nueva Ley de Derecho civil vasco establece que:

“1.– *El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca.*

2.– *La vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales.*

3.– *Las normas de Derecho civil de esta ley que rigen con carácter especial en el territorio histórico de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio se aplicarán a quienes tengan vecindad civil local, aforada o no, en dichos territorios.*”

1. Corresponsabilidad parental. Que garantiza que ambos miembros de la pareja participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos y en la toma de decisiones que afecten a los intereses de estos.

2. Derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida. Derecho de los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor.

3. Derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos.

4. Igualdad entre hombres y mujeres. Que promueve que las relaciones entre hombres y mujeres en función de sus hijos e hijas, durante y después de la ruptura de pareja, se basen en el diálogo, el respeto y la igualdad.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa ha resumido en los siguientes términos la evolución que ha experimentado en los últimos años el régimen de guarda y custodia de los hijos tras la crisis familiar:

“Hasta época bien reciente cabría indicar, que se ha ido evolucionando en el sentido de concederse en una primera fase, la custodia de los hijos a la madre, persona que de manera habitual y centrada realizaba las labores denominadas de la casa, para más adelante y con la aparición / incorporación al mercado laboral, comenzar a equipararse la situación de los dos progenitores, pero manteniendo sobre todo en los primeros años de la prole la custodia la madre, hasta llegar al momento actual en donde siendo en principio dos los progenitores, en un plano de absoluta igualdad, y no existiendo dato que desaconseje su labor, que sean ambos desde su separación /divorcio los que atiendan al hijo/a, regla / solución, que ahora debe buscarse con cierta prevalencia sobre otras posturas, al indicar nuestro T.S. que para nada debe entenderse ello como algo excepcional.

De manera que estando siempre ante algo compartido pero con cierta prevalencia de la mujer sobre el hombre, ahora se trata de plasmar / fijar otro reparto en donde la labor de ambos tienda a igualarse, buscando lo mejor para los hijos, y atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso.

De ésta forma no se trataría tanto de buscar razones o motivos para una ampliación, bastando con, examinado el caso, apreciar que no existe impedimento alguno para que ambos padres por igual atiendan a su hija”⁶¹⁶.

3.6.3. Carácter preferente de la custodia compartida y el interés del menor.

El art. 9 Ley 7 /2015 establece como régimen de custodia preferente, el de custodia compartida, siempre que no sea perjudicial para los menores⁶¹⁷.

Se considera que el establecimiento de la guarda y custodia compartida es el sistema más adecuado para el ejercicio de la custodia de hijos en supuestos de crisis familiares⁶¹⁸. Se afirma que el régimen de guarda compartido es expresión plena de las facultades y deberes dimanantes del ejercicio de la patria potestad, asimismo compartida, en los términos y amplitud deducidos de los arts. 154 y ss. del Código Civil⁶¹⁹. El contacto continuado de los hijos con los dos progenitores favorece el desarrollo personal y social y, consecuentemente, supone un beneficio para los menores⁶²⁰.

⁶¹⁶ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 2 Dic. 2015, rec. 3408/2015 (ROJ: SAP SS 1069/2015). SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 20 Enero 2016, rec. 646/2015 (ROJ: SAP BI 119/2016).

⁶¹⁷ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 31 Marzo 2016, rec. 59/2016 (ROJ: SAP BI 558/2016). SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 14 Marzo 2016, rec. 631/2015 (ROJ: SAP BI 486/2016).

⁶¹⁸ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 11 Marzo 2016, rec. 742/2015 (ROJ: SAP BI 488/2016).

⁶¹⁹ SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 2 Dic.2015, rec. 534/2015 (ROJ: SAP VI 776/2015). SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 20 Enero 2016, rec. 646/2015 (ROJ: SAP BI 119/2016).

⁶²⁰ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 18 Dic. 2015, rec. 477/2015 (ROJ: SAP BI 2341/2015).

Para parte de la jurisprudencia⁶²¹ el régimen de guarda y custodia compartida, es el más adecuado en los casos crisis familiar, atendiendo al interés superior del hijo menor de edad ya que dicho régimen obedece a principios inspirados en la corresponsabilidad parental, al derecho de los menores de edad a la custodia compartida, al derecho del menor a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos e igualdad entre hombres y mujeres. Destacándose que ese régimen de guarda compartida es el que ha elegido el legislador en la Ley 7/2015.

Añade el art. 3.2 que cualquier decisión, resolución o medida que afecte a hijos o hijas menores de edad deberá adoptarse en interés y beneficio de estos.

Para los Tribunales de esta Comunidad Autónoma, la relación de los menores con los dos progenitores debe ser lo más amplia posible y tender a la igualdad⁶²², siempre que no existan circunstancias que lo impidan o la desaconsejen, pues consideran que el contacto continuado con los dos progenitores favorece el desarrollo personal y social y, consecuentemente, supone un beneficio para los menores⁶²³. Se ha manifestado que el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente y que la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio⁶²⁴.

⁶²¹ SSAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 19 Enero 2016, rec. 557/2015 (ROJ: SAP BI 117/2016), 29 Enero 2016, rec. 647/2015 (ROJ: SAP BI 120/2016).

⁶²² Para SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 18 Dic. 2015, rec. 3416/2015 (ROJ: SAP SS 916/2015). tras la Ley 7/2015 y la interpretación que la Jurisprudencia ha establecido en el art. 92-5 del CC. de custodia compartida que pretende que ambos progenitores queden situados en pie de igualdad en el desempeño de la función parental.

⁶²³ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 27 Nov. 2015, rec. 447/2015 (ROJ: SAP BI 2110/2015).

⁶²⁴ SSAP Álava, Civil, Sección 1ª, 11 Junio 2013, rec. 252/2013 (ROJ: SAP VI 616/2013).

Para otras resoluciones judiciales⁶²⁵, la Ley 7/2015 positiviza el criterio al que ha evolucionado la Jurisprudencia de custodia compartida como régimen primigenio para la atribución de la guarda y custodia de los menores en situaciones de ruptura y de establecimiento de relaciones paterno filiales.

Se ha definido la custodia compartida, por la Audiencia Provincial de Alava, como “aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que, ambos progenitores están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos”. Añadiéndose que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una “presunción de idoneidad que juegue a favor de alguno de los progenitores, pues en principio tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos, sin que pueda apriorísticamente afirmarse que alguno de ellos posee mejores condiciones naturales para cuidar de la prole”. Sin embargo, sí que existe una premisa legal “que consiste en que todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deban ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de éstos (su satisfacción y protección) las que determinen las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bien de los hijos”⁶²⁶.

No obstante lo anterior, para los Tribunales⁶²⁷ el principio fundamental que ha de presidir la determinación de la guarda y custodia de los menores de edad es el de la protección de los hijos o *favor filii*. Por lo tanto, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores en las situaciones de crisis familiar, sin desconocer que los padres gozan del derecho de relacionarse con sus hijos, ha de procurarse ante

⁶²⁵ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 18 Dic. 2015, rec. 3333/2015 (ROJ: SAP SS 1066/2015).

⁶²⁶ SSAP Álava, Civil, Sección 1ª, 1 Dic. 2015, rec. 525/2015 (ROJ: SAP VI 772/2015), 9 Dic. 2015, rec. 539/2015 (ROJ: SAP VI 784/2015).

⁶²⁷ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 30 Nov. 2011, rec. 3323/2011 (ROJ: SAP SS 1068/2011). Para la SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 17 Dic. 2015, rec. 11/2015 (ROJ: SAP BI 2334/2015) ha declarado que el criterio fundamental a tener en cuenta en esta materia es el principio de protección/interés del menor y la Ley 7/2015 de 30 de junio.

todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce este derecho -deber de los padres, atendiendo principalmente al apartamiento del menor de cualquier género de riesgo o peligro, el aseguramiento de su estabilidad emocional, social y personal y el mantenimiento de los vínculos con sus progenitores.

En esta línea, se argumenta que es necesario “decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo”. Añadiéndose que “la respuesta a la cuestión en Litis debe darse atendiendo al superior interés a proteger. Sólo cuando las circunstancias de la índole que fueren, afectan a este interés deben ponderarse”⁶²⁸.

3.6.4. Los criterios legales para la determinación del régimen de custodia-compartida o individual- de los hijos menores⁶²⁹.

La Ley vasca fija, en su art.9.3, los criterios o factores que debe ponderar la autoridad judicial antes de fijar el régimen de guarda y custodia de los hijos menores⁶³⁰, aunque no son exclusivos y no comportan un *numerus clausus*, se deben de tener en cuenta los siguientes:

⁶²⁸ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 18 Dic. 2015, rec. 3360/2015 (ROJ: SAP SS 1067/2015).

⁶²⁹ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 2 Marzo 2016, rec. 623/2015 (ROJ: SAP BI 494/2016): “*el Juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los menores y atendiendo a las circunstancias que indica el precepto entre las que se incluye la práctica anterior de los progenitores en su relación con los menores, aptitudes personales y vinculaciones afectivas; número de hijos, edad, opinión expresada por los hijos cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso cuando sean mayores de doce años; el cumplimiento por los progenitores de los deberes con relación a los hijos, el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con parientes y allegados; los informes médicos sociales y psicológicos, arraigo social escolar y familiar; posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar por parte de cada progenitor; ubicación de residencias familiares y apoyos con los que cuentan y cualquier otra circunstancia*”.

⁶³⁰ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 7 Dic. 2015, rec. 103/2015 (ROJ: SAP BI 2336/2015).

a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores.

Es el primero de los factores mencionados por la Ley para ponderar el régimen de custodia más beneficioso para el interés de los menores.

Es evidente, que esta circunstancia es irrelevante en aquellas situaciones en la que los progenitores nunca hayan convivido y el menor es de cortísima edad.

En principio, al igual que otros Derechos civiles forales, el legislador vasco parece que considera que el progenitor que se ha ocupado de atender a los hijos durante la convivencia lo seguirá haciendo tras la ruptura. No obstante, no siempre es así, ya que, en ocasiones, aunque durante el matrimonio el rol dominante sobre la educación y cuidados del menor haya estado a cargo de uno de los progenitores, después de la ruptura es posible que se estructuren en distinta forma. Compartimos la opinión de que la cuestión no es si ha habido más o menos dedicación, sino si lo más conveniente para los menores es que el régimen sea de guarda compartida.⁶³¹

Por otro lado, para los Tribunales⁶³², la concurrencia de interés, actitud y aptitud por parte de ambos progenitores para prestar los cuidados y atenciones que precisen los menores, además del apego de éstos por ambos, determinan el régimen de custodia compartida. Se argumenta que la mera alegación a la mayor dedicación de uno de los progenitores al cuidado del hijo durante el matrimonio en distribución de funciones no es razón suficiente para atribuirle la guarda exclusiva y que la existencia de desavenencias entre los progenitores tampoco es argumento suficiente para excluir la guarda compartida, pues ello supondría favorecer la posición de quien pretendiera obstaculizar el sistema de guarda compartida.

⁶³¹ SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 13 Nov. 2015, rec. 509/2015 (ROJ: SAP VI 749/2015).

⁶³² SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 18 Dic. 2015, rec. 477/2015 (ROJ: SAP BI 2341/2015).

Así, se ha optado por la custodia compartida a pesar de que la madre ha desempeñado el papel de cuidadora principal de los hijos comunes⁶³³ o ha sido la figura de referencia continuada de los menores⁶³⁴, pues se ha afirmado que *“no estamos ante un sistema de recompensas sino ante el análisis de si el menor puede desarrollarse afectiva y emocionalmente de manera plena bajo un sistema de custodia compartida”*⁶³⁵.

Se ha atribuido la custodia compartida cuando ambos progenitores reunían la capacidad y habilidades necesarias para ello⁶³⁶.

b) El número de hijos e hijas.

Se trata de un criterio que no ha sido tenido en cuenta por ningún legislador autonómico al regular la guarda y custodia compartida, aunque sí ha sido enumerado por el Tribunal Supremo. No acabamos de entender la incidencia que puede tener a la hora de optar por un régimen de guarda y custodia u otro, quizá, un número elevado de hijos, a nivel de organización o logístico, pueda dificultar el establecimiento de la custodia compartida. Debido a la escasa vigencia de la Ley no hemos encontrado ninguna resolución judicial que tenga en cuenta este criterio para optar por un determinado régimen de guarda.

c) La edad de los hijos e hijas.

Ley 7/21015 se hace mención a la edad de los hijos como circunstancia a tener en cuenta por el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia que debe adaptarse, pero no efectúa mayor precisión al respecto. Como ya hemos vistos, este criterio no ha sido tenido en cuenta por el legislador catalán pero si por el legislador navarro y

⁶³³ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 9 Dic. 2015, Rec. 524/2015 (ROJ: SAP BI 2344/2015).

⁶³⁴ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 28 Abril 2014, rec. 23/2014 (ROJ: SAP BI 607/2014).

⁶³⁵ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 19 Marzo 2014, rec. 536/2013 (ROJ: SAP BI 273/2014).

⁶³⁶ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 13 Enero 2016, rec. 504/2016 (ROJ: SAP BI 107/2016).

valenciano, e incluso, éste último ha especificado que en el supuesto de menores lactantes “se podrá” establecer un régimen de convivencia provisional.

En ocasiones se ha establecido la guarda y custodia compartida a pesar de la corta edad de los menores, si bien se han fijado periodos de guarda cortos que posibilitarían el contacto constante con los progenitores, por considerar lo más adecuado cuando se trata de menores de corta edad⁶³⁷.

d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años.

Este criterio exige a la autoridad judicial oír a los hijos que tengan suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de 12 años, para que expresen su opinión sobre el régimen de custodia a adoptar⁶³⁸.

El derecho del menor a ser oído ha sido recogido por toda la jurisprudencia y por el legislador, como consecuencia de que toda la normativa relativa a la guarda y custodia de los menores está presidida por el principio de actuación en interés de los mismos. A la hora de valorar el deseo un menor respecto del régimen de guarda y custodia hay que considerar la edad del menor, su grado de madurez, la solidez de su discurso y las actitudes propias.

Sin embargo, no han faltado resoluciones judiciales que han considerado que para transferir la guarda y custodia de los hijos comunes de uno a otro progenitor no basta con el expreso deseo de los menores, pues los menores carecen de la madurez necesaria para decidir la solución que le es más beneficiosa desde el prisma educativo y formativo⁶³⁹ o puede que se hallen mediatizados por los deseos o intereses de sus

⁶³⁷ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 18 Nov. 2015, rec. 454/2015 (ROJ: SAP BI 2116/2015). Para la SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 21 Abr. 2016, rec. 152/2016 (ROJ: SAP VI 218/2016), la corta edad de la niña no puede ser un obstáculo para el padre. Añadiendo que en el caso que no conozca las costumbres o la forma de comportarse de la niña tendrá que aprender, lo que no es difícil para un progenitor si existe buena voluntad.

⁶³⁸ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 19, Enero 2016, rec. 557/2015 (ROJ: SAP BI 117/2016).

⁶³⁹ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 15 Feb. 2016, rec. 634/2015 (ROJ: SAP BI 285/2016).

progenitores, sino que al deseo de los mismos deben unirse circunstancias objetivas preferentes ya que *“la simple voluntad de las menores no vincula ni puede vincular al Juzgador, pues éste no puede acordar el cambio de la guarda y custodia (con tanta trascendencia para el futuro) en base a sus meros deseos y sin que concurran otras circunstancias objetivas que prueben, más allá de actitudes inmaduras e irreflexivas y de posturas que pueden ser inducidas o responder a la mera conveniencia, la comodidad o el capricho, que dicha modificación, desde la perspectiva del "favor filii", es la solución más ventajosa, beneficiosa y acomodada al interés del menor legalmente tutelado, y que no siempre tiene por qué coincidir con las apetencias o deseos manifestados por el propio menor al respecto de su guarda y custodia”*⁶⁴⁰.

e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados⁶⁴¹.

Este criterio es especialmente relevante para los Tribunales de la Comunidad Autónoma Vasca, pues, como ya hemos visto, definen⁶⁴² la custodia compartida como aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que, ambos progenitores están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración.

⁶⁴⁰ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 17 Julio 2015, rec. 107/2015 (ROJ: SAP BI 1258/2015).

⁶⁴¹ La SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 29 Feb. 2016, rec. 2195/2015 (ROJ: SAP SS 147/2016) mantiene el régimen de custodia compartida ya que *“se da la circunstancia de que entre los dos progenitores existen las condiciones precisas para que se desarrolle adecuadamente, pues siendo innegable que el ejercicio de la misma en tal forma exige una predisposición favorable por parte de los padres a tal fin, en este caso en concreto uno y otra han llevado su separación sin conflictos hasta la interposición de la demanda iniciadora de este procedimiento, manteniendo la convivencia en el mismo domicilio, ocupándose de sus hijas en forma conjunta, manteniendo un canal de comunicación en relación a las mismas y habiendo cubierto ambos sus necesidades afectivas y materiales sin problema alguno”*.

⁶⁴² SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 21 Abr. 2016, 152/2016 (ROJ: SAP VI 218/2016).

Es fundamental que ambos progenitores tengan actitud y aptitud para prestar cuidados y una formación integral a los hijos menores⁶⁴³, ya que la única premisa que existe en esta materia consiste en que todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deban ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, y no el de los padres.

Para los Tribunales del País Vasco⁶⁴⁴, como ya hemos dicho, la guarda y custodia compartida supone la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resultando la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo con cada uno de sus progenitores, siempre que no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

La jurisprudencia⁶⁴⁵ ha manifestado que el hecho de que los progenitores no se lleven bien o que tengan una pésima relación no es motivo suficiente para denegar la custodia compartida, pues una cosa son las relaciones entre los padres, a veces, rotas y difíciles de recomponer tras la separación, y otra la de los progenitores con los hijos y las obligaciones asumidas desde el momento que nacen. Se ha dicho que los progenitores son adultos y que por ello deben adoptar las medidas que sean necesarias para cumplir el régimen establecido desde el juzgado. Se argumenta que la guarda y custodia compartida debe ser la norma general, solo puede denegarse en supuestos excepcionales como pueden ser que los progenitores no tengan las aptitudes necesarias para cuidar de los menores por tener algún tipo de alteración psicológica o enfermedad, o bien que sea perjudicial para los menores.

⁶⁴³ SSAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 27 Nov. 2015, rec. 447/2015 (ROJ: SAP BI 2110/2015), 13 Enero 2016, rec. 504/2015 (ROJ: SAP BI 107/2016) y 17 Feb. 2016, rec. 549/2015 (ROJ: SAP BI 296/2016).

⁶⁴⁴ SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 14 Abr. 2015, rec. 116/2016 (ROJ: SAP VI 216/2016).

⁶⁴⁵ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 22 Feb. 2012, rec. 3007/2012 (ROJ: SAP SS 946/2012). SSAP Álava, Civil, Sección 1ª, 1 Dic. 2015, rec. 525/2015 (ROJ: SAP VI 772/2015) y 2 Dic. 2015, rec. 534/2015 (ROJ: SAP VI 776/2015). SSAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 21 Enero 2016, rec. 554/2016 (ROJ: SAP BI 108/2016) y 24 Feb. 2016, rec. 17/2016 (ROJ: SAP VI 65/2016).

Se justifica la custodia compartida pues con la misma se afirma que se *“fomenta la cooperación entre los padres y determina mayor cumplimiento en las obligaciones económicas”*. Destacándose la necesidad de *“un perfecto entendimiento entre ambos progenitores, respeto y colaboración”*, pues *“en situaciones de conflictividad el régimen de guarda y custodia compartida queda desaconsejado”*.⁶⁴⁶

Otras resoluciones judiciales⁶⁴⁷ han establecido que el régimen de custodia compartida exigen un proyecto común y voluntad de llegar a acuerdos en todos los aspectos relacionados con los hijos, y estamos de acuerdo, pues de lo contrario los efectos positivos que pudieran esperarse del mismo se transformarían en una constante fuente de conflictos sumiendo a los menores en una enorme contradicción que en nada les beneficiaría.

Incluso algunos Tribunales⁶⁴⁸ han concedido la guarda y custodia compartida como medio para rebajar la conflictividad entre los progenitores *“porque les obligara a llegar a acuerdos y que los niños dispondrán de dos progenitores pues podrán contar con cada uno sin la interferencia del otro en el turno correspondiente”*⁶⁴⁹, criterio que, ya hemos afirmado, que no compartimos.

No obstante, en ocasiones, a pesar del alto nivel de conflictividad entre los progenitores, algunas resoluciones judiciales han considerado que éste no es mayor que el que aparece en otras situaciones de ruptura y que la experiencia enseña que terminado el procedimiento y concluida la incertidumbre que todo pleito conlleva, la conflictividad, cuando menos, merma. Concluyen que no es la conflictividad una razón suficiente para denegar una guarda compartida, deben concurrir otros motivos que juntamente con ella aconsejen no acordarla⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 11 Junio 2013, rec. 252/2013 (ROJ: SAP VI 616/2013).

⁶⁴⁷ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 17 Nov. 2015, rec. 2332/2015 (ROJ: SAP SS 1020/2015).

⁶⁴⁸ SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 24 Feb. 2016, rec. 686/2016 (ROJ: SAP VI 60/2016).

⁶⁴⁹ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 21 Dic. 2015, rec. 154/2015 (ROJ: SAP BI 2337/2015).

⁶⁵⁰ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 14 Marzo 2016, rec. 631/2015 (ROJ: SAP BI 486/2016).

f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo⁶⁵¹.

Ley 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en el art. 9.4 establece que *“antes de adoptar su decisión, las partes podrán aportar, o el juez, de oficio o a instancia de parte, recabar informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los y las menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de estos con el progenitor no conviviente u otras personas”*.

Se destaca por los Tribunales el carácter relevante⁶⁵² de los dictámenes, por su carácter técnico, objetivo e imparcial⁶⁵³, si bien se ha afirmado que no se trata de una prueba determinante y excluyente⁶⁵⁴, de manera que sus conclusiones vinculen al Tribunal. Afirmandose que sus conclusiones deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente⁶⁵⁵.

En ocasiones, se ha negado la custodia compartida en atención al informe emitido⁶⁵⁶.

g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas.

El CDFA, la Ley de Navarra y la Ley de Valencia hablan del arraigo familiar y el CCCat establece como uno de los criterios a ponderar la vinculación afectiva entre los

⁶⁵¹ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 30 Enero 2012, rec. 3346/2011 (ROJ: SAP SS 851/2012).

⁶⁵² SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 9 Dic. 2015, rec. 506/2015 (ROJ: SAP BI 2361/2015).

⁶⁵³ SSAP Álava, Civil, Sección 1ª, 9 Dic. 2015, rec. 526/2015 (ROJ: SAP VI 783/2015), 28 Enero 2016, rec. 443/2015 (ROJ: SAP VI 1/2016).

⁶⁵⁴ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 19 Enero 2016, rec. 2206/2015 (ROJ: SAP SS 56/2016).

⁶⁵⁵ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 4 Feb. 2016, rec. 305/2015 (ROJ: SAP BI 270/2016).

⁶⁵⁶ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 17 Dic. 2015, rec. 2332/2015 (ROJ: SAP SS 1020/2015). SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 12 Feb. 2016, rec. 276/2015 (ROJ: SAP BI 259/2016).

hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.

Por arraigo familiar de los hijos habrá de entenderse, en palabras del art. 233-11.1 a) Código Civil de Cataluña “*la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que convivan en los respectivos hogares*”. Y por arraigo social de los hijos habrá de entenderse tanto la red de amigos y conocidos de los hijos.

Uno y otro tipo de arraigo de los hijos parece que deban ponerse en conexión con el domicilio familiar y más específicamente con la situación y distancia de los domicilios de los progenitores en caso de establecerse un régimen de custodia compartida con domicilio rotativo de los hijos en el de cada uno de sus padres.

h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.

Al ponderar esta circunstancia se trata de valorar, por la autoridad judicial, el tiempo de que dispone cada progenitor, en atención a sus obligaciones laborales e incluso sociales, para dedicarlo al cuidado y educación de los hijos comunes⁶⁵⁷.

Algunos Tribunales han denegado la custodia compartida por considerar que no era conviene al interés del menor, en atención al horario laboral de uno de los progenitores, manifestando que “*el régimen de guarda y custodia compartida persigue que la relaciones entre los menores y sus progenitores se desarrollen en régimen de igualdad en la medida de lo posible, pierde su razón de ser cuando no es posible el contacto entre el progenitor y el menor de manera habitual por las rutinas de uno y otro*”⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 22 Feb. 2016, rec. 569/2015 (ROJ: SAP BI 280/2016).

⁶⁵⁸ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 27 Nov. 2015, rec. 474/2015 (ROJ: SAP BI 2117/2015).

Sin embargo, para otras resoluciones judiciales, el trabajo no puede ser una especie de sanción que permita privar de la guarda y custodia aquel progenitor que tiene menos tiempo libre. Ya que la falta de disponibilidad del progenitor que trabaja puede verse complementada con el apoyo de una familia extensa, e incluso con una ayuda externa, lo que le permite compatibilizar sus obligaciones familiares con las laborales. Concluyendo que lo que no se puede “*es sancionar al que trabaja privándole de la compañía del niño por este hecho y porque tiene menos tiempo*”⁶⁵⁹.

i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuentan.

Para los Tribunales del País Vasco⁶⁶⁰, un factor determinante para establecer el régimen de custodia compartida es que ambos progenitores vivan en la misma localidad o, al menos, con una distancia entre poblaciones mínima a fin de que los menores puedan compaginar sus actividades con los distintos domicilios de los progenitores. Pues de nada serviría establecer la guarda y custodia compartida si los cónyuges viven, por ejemplo, a doscientos kilómetros de distancia.

Se ha otorgado la custodia compartida, considerando que esta no es perjudicial para el menor, en el caso concreto, atendiendo a que los domicilios de ambos progenitores se encontraban en la misma localidad y a escasa distancia, que ambos progenitores contaban con apoyo de su familia extensa ya que por la disponibilidad laboral de ambos precisaban de ayuda de sus familiares⁶⁶¹.

Se ha concedido la guarda individual en favor de la madre atendiendo a que ésta disponía de una red familiar de apoyo y que el padre tenía hábitos poco saludables, además de que el régimen de guarda compartida de seis meses con cada progenitor con dos visitas intersemanales para el progenitor al que no le corresponda el turno de

⁶⁵⁹ SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 21 Abr. 2016, rec. 152/2016 (ROJ: SAP VI 218/2016).

⁶⁶⁰ SSAP Álava, Civil, Sección 1ª, 11 Nov. 2015, rec. 549/2015 (ROJ: SAP VI 708/2015) y 21 Abr. 2016, rec. 152/2016 (ROJ: SAP VI 218/2016).

⁶⁶¹ SSAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 29 Enero 2016, rec. 647/2015 (ROJ: SAP BI 120/2016), 17 Feb. 2016, rec. 3004/2016 (ROJ: SAP SS 121/2016).

guarda, se entendió que era extraño a las beneficios propios del sistema que se conoce con esa denominación, “no parece que su instauración prime el interés superior de los menores y ofrezca ventajas frente al sistema clásico de guarda exclusiva por uno de los progenitores”⁶⁶².

j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.

Se trata de una cláusula abierta que permite a los Tribunales valorar cualquier otra circunstancia, que en el caso concreto, pueda resultar relevante para ponderar el régimen de convivencia más beneficioso para los hijos. Entre otros criterios se han tenido en cuenta los siguientes:

- No introducir cambios sustanciales en la vida de los menores.⁶⁶³

En ocasiones no se ha accedido al cambio del régimen de custodia exclusiva a la compartida por entender que supondría “introducir cambios sustanciales en la vida de la menor en una edad ya de por sí delicada, en cuanto a pautas, límites y en general régimen de vida, separándole de su hermano con quien mantiene un estrecho vínculo y constituye un importante apoyo para ella.

De accederse a lo solicitado estaríamos introduciendo en la vida de la menor un constante ir y venir de una casa a otra ,con un permanente trasiego de efectos personales , libros , material didáctico , ropa y en definitiva de aquellos todos aquellos referentes que contribuyen a dar orden y estabilidad a su vida . Cuando a la vista del resultado de la prueba y dadas las circunstancias lo más recomendable para ella en este momento sería dotarle de un entorno cómodo, lo más estable y seguro posible para

⁶⁶² SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 5 Feb. 2016, rec. 543/2015 (ROJ: SAP BI 252/2016).

⁶⁶³ Para la SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 30 Enero 2012, rec. 2311/2011 (ROJ: SAP SS 636/2012) el interés del menor aconsejó no modificar la situación existente, a fin de no afectar la estabilidad y las costumbres del niño, y los lazos afectivos y de dependencia establecidos con la madre.

*que pudiera centrar sus esfuerzos en superar las dificultades que se le presentan en el ámbito escolar*⁶⁶⁴.

Otras resoluciones judiciales han mantenido que el régimen de guarda y custodia compartida no es incompatible con el mantenimiento de las rutinas de la menor pues para ello basta que los progenitores fijen de común acuerdo unos horarios de sueño comidas e higiene⁶⁶⁵.

3.6.5. Los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y convenio regulador.

La Ley 7/2015 dedica el capítulo II, a los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y convenio regulador, desarrollando el contenido de dichos pactos y del convenio regulador, regulándolos por separado en los artículos 4 y 5, respectivamente.

Por lo que respecta a los pactos en previsión de ruptura de convivencia, son definidos, en la Exposición de motivos de la Ley, como aquellos acuerdos mediante los cuales, previendo la situación de ruptura, las partes regulan las condiciones de las relaciones familiares ante ella, disminuyendo de manera importante la contenciosidad en el momento de la ruptura real.

Dichos pactos podrán otorgarse antes o durante la convivencia y deberán tener, en todo o en parte, el contenido que la ley prevé para el convenio regulador. También podrán contener la previsión y el compromiso de acudir, con carácter previo a la vía judicial, a la mediación familiar.

Los citados pactos serán válidos y obligaran a las partes aun cuando no contengan todos los extremos mínimos exigidos para el convenio regulador. Sin embargo, su validez y eficacia quedará limitada a lo expresamente pactado.

⁶⁶⁴ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 22 Abr. 2016, rec. 2391/2015 (ROJ: SAP SS 306/2016).

⁶⁶⁵ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 18 Nov. 2015, rec. 454/2015 (ROJ: SAP BI 2116/2015).

Asimismo, se exige que se otorguen en escritura pública quedando sin efecto en el caso de no contraer matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año.

La Ley exige la aprobación judicial de los pactos para que puedan ser susceptibles de ejecución judicial.

Por lo que respecta al convenio regulador, se exige que acompañe a la demanda de separación, divorcio, nulidad o procedimiento de medidas paternofiliales. Estableciendo el art. 5.2 el contenido mínimo del mismo:

a) El ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos o hijas, como corresponsabilidad parental, con inclusión de los acuerdos sobre:

1) La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores.

2) El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, su cuidado y educación y su ocio.

3) Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos.

4) Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

5) Las reglas de recogida y entrega de los y las menores en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas.

b) La contribución, si procediera, a las cargas familiares y a los alimentos, respecto a las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, a su tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores, a la capacidad económica de estos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

c) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

d) La pensión compensatoria que pudiera corresponder conforme al artículo 97 del Código Civil y el artículo 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

Al igual que los pactos en previsión de ruptura, el convenio regulador podrá contener la previsión y compromiso de acudir a la mediación familiar, con carácter previo a la vía judicial.

La ley exige que el convenio regulador, sus modificaciones y extinción sean aprobados judicialmente, oído el Ministerio Fiscal y, en su caso, los hijos e hijas menores.

3.6.6. La violencia de género.

El art. 11.3 de la Ley 7/2015 al respecto establece que no procederá atribuir la *“la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de*

género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente.”

Sin embargo, el legislador vasco, ha previsto que excepcionalmente el juez podrá si lo estima conveniente para la protección del interés superior de los hijos establecer un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación con ellos atendiendo a los criterios anteriores y a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor. En este caso, la autoridad judicial podrá adoptar las cautelas oportunas, procurando no separar a los hermanos.

En todo caso extinguido la responsabilidad penal y a instancia de parte, el juez deberá valorar si procede la adopción de las medidas adoptadas.

En el caso de que los dos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos señalado, el juez *“atribuirá la guarda y custodia de los hijos e hijas menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores”*.

Por último, debemos reseñar que se ha argumentado por los Tribunales, que el Tribunal Supremo, ha considerado que el cambio de criterio jurisprudencial,

establecido en la doctrina sentada en la sentencia de 29 de Abril de 2013, es una circunstancia modificativa relevante, a los efectos de sustentar una petición de modificación de la medida de guarda y custodia. Abriendo una vía para el planteamiento de incidentes de modificación de medidas para reemplazar custodias exclusivas por custodias compartidas, sin necesidad de fundar la pretensión modificadora en un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al adoptar la medida⁶⁶⁶.

Ello, sin embargo, no puede significar que en todos los casos tal cambio de doctrina, pueda justificar una modificación de tal medida, pues la medida de guarda y custodia compartida solo podrá adoptarse, si no existen impedimentos legales a su adopción, y además se proteja adecuadamente el interés de los menores afectados⁶⁶⁷.

Por el contrario hemos encontrado alguna resolución judicial que ha manifestado que a pesar de escaso tiempo transcurrido entre la sentencia de divorcio y la petición de modificación de medidas, aunque las circunstancias no se hayan alterado, la modificación de la doctrina del Tribunal Supremo es suficiente para analizar de nuevo las circunstancias a favor de la guarda y custodia compartida⁶⁶⁸.

Finalmente, podemos afirmar que a pesar del escaso tiempo que lleva en vigor la Ley 7/2015, y la evidente preferencia del legislador por la custodia compartida, la realidad es que los Tribunales siguen optando por la custodia individual, generalmente, en favor de la madre. Y así resulta de los datos que el INE publicó en relación con las custodias concedidas⁶⁶⁹ en el País Vasco en los años 2013, 2014 y 2015⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 4 Feb. 2016, rec. 305/2015 (ROJ: SAP BI 270/2016).

⁶⁶⁷ SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 12 Nov. 2015, rec. 395/2015 (ROJ: SAP BI 2127/2015). SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 9 Feb. 2016, rec. 627/2015) (ROJ: SAP VI 92/2016).

⁶⁶⁸ SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 9 Dic. 2015, rec. 539/2015 (ROJ: SAP VI 784/2015).

⁶⁶⁹ Hemos recogido los datos en dos tablas, distinguiendo entre las separaciones y divorcios entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia.

⁶⁷⁰ <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=06013.px>
<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/serie/10/&file=03014.px>
Consulta 11/10/2016.

SEPARACIONES entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia	TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede
2015						
TOTAL	4.642	124	1.655	605	3	2.255
PAÍS VASCO	157	0	56	20	0	81
2014						
TOTAL	5.025	122	1.915	528	7	2.453
PAÍS VASCO	195	4	57	36	0	99
2013						
TOTAL	4.896	138	2.062	465	3	2.229
PAÍS VASCO	183	7	70	16	0	89
DIVORCIOS entre cónyuges de diferente sexo según cónyuge que debe ejercer la custodia						
TOTAL	Custodia Padre	Custodia Madre	Custodia compartida	Otros	No procede	
2015						
TOTAL	95.685	2.586	35.387	12.469	188	45.055
PAÍS VASCO	3.853	99	1.430	535	5	1.785
2014						
TOTAL	99.882	2.838	39.116	11.401	225	46.302
PAÍS VASCO	3.853	115	1.490	489	14	1.744
2013						
TOTAL	94.885	2.804	38.360	9.032	167	44.522
PAÍS VASCO	3.553	91	1.452	327	6	1.677

Podemos concluir este capítulo afirmando que tanto la normativa autonómica como la normativa común consideran que es el interés del menor el que debe primar a la hora de optarse por uno u otro régimen de custodia, y que en primer término debe estarse a lo que las partes de común acuerdo establezcan, en interés de los hijos, acerca del régimen de convivencia que conviene adoptar.

La diferencia entre una y otra normativa reside, además de en su terminología, en el distinto régimen jurídico que comportan una y otra clase de custodia, pues mientras el art. 92.8 CC contempla la custodia exclusiva como regla general y la compartida como un régimen excepcional, la normativa autonómica hace completamente lo contrario: la convivencia compartida es la general y la individual la excepción.

Sin embargo, a la vista de la praxis judicial estudiada y los datos obtenidos por el INE, podemos destacar que la preferencia del legislador autonómico por la guarda y custodia compartida no se ha traducido en un sistema rígido o automático que impida la valoración, en cada caso concreto, de las circunstancias concurrentes, atendiendo al interés superior del menor, de hecho, con carácter mayoritario se sigue otorgando la custodia exclusiva en favor de la madre, por considerar que ésta, ponderando los criterios ofrecidos por el legislador, resulta la solución más conveniente para el interés superior del menor en el caso concreto.

CAPÍTULO 4

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCESION DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Bajo este capítulo recogeremos los criterios que ha utilizado la jurisprudencia para conceder o no el régimen de guarda y custodia compartida, teniendo en cuenta, que el criterio fundamental, en función del cual giran todos los demás, es el interés superior del menor.

4.1.- INTRODUCCIÓN.

La complejidad de la decisión sobre la guarda y custodia de los hijos es evidente. La necesidad de la intervención judicial marca el fracaso de los progenitores, que son los que, en definitiva, deberían atender a lo más beneficioso para sus hijos sin necesidad de provocar la actuación judicial.

Estamos de acuerdo con que los hijos necesitan a ambos progenitores y que en caso de separación de los padres, los menores tienen derecho a mantener el contacto directo con su padre y madre de modo regular.

No obstante, consideramos que la custodia alternada, con sus ventajas e inconvenientes, no debería ser atribuida de manera automática o preferente, sino, sólo tras un proceso de análisis de las circunstancias concurrentes podrá establecerse si es o no el mejor sistema para regular las relaciones de los padres con los hijos en una concreta situación de crisis familiar.

Como hemos visto, en el análisis de la jurisprudencia menor⁶⁷¹ y del Tribunal Supremo, el criterio que debe presidir cualquier medida que se adopte sobre la guarda y custodia de los hijos, es el de la supremacía del interés del menor. Debiendo subrayar

⁶⁷¹ El principio del interés superior del menor es algo que se repite una y otra vez en todas las sentencias hasta convertirse en lugar común.

que dicho interés aparece, hoy, arraigado como criterio rector de nuestro Derecho de Familia.

Para nuestro Tribunal Constitucional, el *favor filii* constituye “*un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*”⁶⁷² y un criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia, que “*debe inspirar la actuación jurisdiccional*”⁶⁷³ y que, en consecuencia, faculta al Tribunal para resolver incluso *ex officio* sobre todo lo concerniente a los menores⁶⁷⁴.

Como ya hemos señalado, el Tribunal Supremo ha concebido el interés superior del menor como un principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los progenitores⁶⁷⁵. Debiendo primar sobre todos los demás intereses que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor⁶⁷⁶.

Los problemas comienzan cuando se trata de determinar qué es lo más beneficioso para los hijos.

4.2.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO COMÚN Y FORAL.

Nuestro Tribunal Supremo⁶⁷⁷ ha expresado que resulta muy difícil concretar en qué consiste el interés del menor ante la falta de una lista de criterios.

⁶⁷² STC, Sección 1ª, 29 Mayo 2000, rec. 4233/1996 (ROJ: STC 141/2000), ha añadido que “*el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos...*”.

⁶⁷³ STC, Sala Segunda, nº 71/2004, 19 Abr. 2004, rec. 6895/2002 (LA LEY 1211/2004). STC, Sección 3ª, nº 217/2009, 14 Dic. 2009, rec. 10656/2006 (LA LEY 240117/2009).

⁶⁷⁴ STC, Sala Segunda, nº 4/2001, 15 Ene. 2001, rec. 3966/1997 (LA LEY 2364/2001).

⁶⁷⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, 17 Sep. 1996, rec. 2631/1992 (LA LEY 8736/1996).

⁶⁷⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, 20 de abril de 1987 (RJ 1987, 2717).

⁶⁷⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (LA LEY 192180/2009), ha señalado que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, lo que resulta muy difícil concretar a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. También

Sin embargo, desde antes de la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, la jurisprudencia y la doctrina fueron conformando los requisitos que deben ponderarse a la hora de la atribución de la guarda y custodia compartida. Se trata de criterios que afectan a todos los órdenes, tanto materiales o económicos como personales y familiares.

En el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Valencia, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009, se aprobó, entre sus conclusiones, los siguientes presupuestos o criterios para el establecimiento de un régimen de custodia conjunta:

“a) Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable.

b) Existencia de estilos educativos homogéneos.

c) Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos.

d) Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores”⁶⁷⁸.

Por su parte, el Tribunal Supremo⁶⁷⁹, ha llenado el vacío legal, y ha fijado una serie de criterios, extraídos del Derecho Comparado, para determinar el régimen de

SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 10 Mar. 2010, rec. 319/2008 (LA LEY 5293/2010) y 11 Mar. 2010, rec. 54/2008 (LA LEY 5294/2010).

⁶⁷⁸ <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=750>. Consulta 15/08/2013.

⁶⁷⁹ SSTS, Civil, Sección 1ª, 28 Sept. 2009, rec. 200/2006 (ROJ: STS 5707/2009); 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (ROJ: STS 5969/2009); 10 Marzo 2010, rec. 319/2008 (ROJ: STS 962/2010), 21 Julio 2011, rec. 338/2009 (ROJ: STS 4925/2011); 9 Marzo 2012, rec. 113/2010 (ROJ: STS 1845/2012), 29 Abr. 2013, rec. 2525/2011 (ROJ: STS 2246/2013).

guarda y custodia más adecuado y beneficioso para los hijos comunes del matrimonio (o, en su caso, de la pareja de hecho) disuelto. Entre dichos criterios se destacan:

- la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;

- los deseos manifestados por los menores competentes;

- el número de hijos;

- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar;

- los acuerdos adoptados por los progenitores;

- la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de uno y otro;

- el resultado de los informes exigidos legalmente;

- cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

En conclusión, el principio prevalente del interés del menor debe interpretarse y armonizarse con otros criterios supletorios que orienten la decisión de los Tribunales para conceder o no el régimen de guarda y custodia compartida.

Procederemos, ahora, a recoger, sin ánimo de exhaustividad, dichos principios o criterios utilizados por la jurisprudencia y que son los siguientes:

4.2.1. Las relaciones personales de los progenitores entre sí y con los hijos.

4.2.1.1. La conflictividad entre los progenitores.

Hay que tener presente que la institución de la guarda y custodia compartida sobre los hijos menores requiere que concurra una determinada aptitud en ambos progenitores para asumir una coparentalidad responsable.

La actividad de compartir exige una especial predisposición psicológica en ambos progenitores, puesto que requiere un importante grado de consenso, respeto y colaboración.

Con la ausencia de acuerdo entre los progenitores, el sistema de la guarda y custodia compartida presenta elevadas probabilidades de inestabilidad en el tiempo, pudiendo convertirse en una fuente de nuevos problemas entre los padres, problemas que, al fin y al cabo, repercutirán, de forma negativa, en los hijos.

Por lo que respecta al legislador, como ya hemos reiterado, el Código Civil, no ofrece una lista de criterios que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para optar por uno u otro régimen de custodia. Sin embargo, el legislador autonómico, que ha regulado la materia, si que ha establecido esa lista de criterios y entre ellos figura las relaciones entre los progenitores.

Expresamente, los legisladores forales navarro y valenciano establecen, como factores a tener en cuenta para determinar la modalidad de custodia más conveniente, la relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de respetar los derechos del otro, cooperar entre sí y de garantizar la relación de los hijos con ambos y con sus familias extensas⁶⁸⁰. Mientras que, el legislador vasco habla del “*respeto mutuo en sus relaciones personales*”⁶⁸¹, refiriéndose a los progenitores, añadiendo que

⁶⁸⁰ Art. 3.2 b) Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Art. 3.3 b) Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan.

⁶⁸¹ Art. 9.3 e) Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

las malas relaciones entre estos no serán obstáculo para otorgar la custodia compartida. En cambio, la legislación aragonesa y catalana no recoge expresamente dicho criterio. Mientras que el legislador catalán pondera la aptitud de los progenitores para cooperar con el otro con el fin de asegurar la estabilidad de los hijos⁶⁸².

Uno de los motivos por los que nuestra doctrina jurisprudencial ha denegado la petición de guarda compartida efectuada en el marco de un proceso judicial es, precisamente, la conflictividad entre los progenitores⁶⁸³. La ausencia de buenas relaciones entre ellos, se ha presentado, como ya hemos indicado anteriormente, como un obstáculo, a veces, insalvable⁶⁸⁴. Y ello, porque los Tribunales consideran que la buena relación entre los progenitores, constituye un presupuesto necesario para el correcto funcionamiento de la custodia compartida⁶⁸⁵.

Así, algunas resoluciones judiciales han convertido, en un presupuesto para la admisión de la guarda y custodia compartida, la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio de los hijos menores, ya que, en caso contrario, puede convertirse en el germen de un

⁶⁸² Art. 233-11 b) y c) de la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, por la que se modificaba el Libro II del Código Civil de Cataluña.

⁶⁸³ SAP Logroño, Civil, Sección 1ª, 15 Nov. 2013, rec. 245/2013 (ROJ: SAP LO 597/2013). SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 10 Oct. 2014, rec. 99/2014 (ROJ: SAP CS 1147/2014). Para la SAP León, Civil, Sección 2ª, 30 Enero 2015, rec. 389/2014 (ROJ: SAP LE 98/2015), para la custodia compartida es aconsejable que no concurra una situación de conflicto y hostilidad entre los progenitores sino un buen grado de cooperación.

⁶⁸⁴ Para la SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2015, rec. 273/2014 (ROJ: SAP BU 88/2015), la conflictividad entre los progenitores evidencia la incapacidad de estos para tomar decisiones y actuar de forma conjunta en interés del menor. Dicha sentencia considera que la mutua colaboración de los progenitores es imprescindible en un ámbito de custodia compartida para que esta pueda desarrollarse con normalidad, evitando perjuicios a los hijos. La SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 1 Marzo 2016, rec. 261/2015 (ROJ: SAP B 2544/2016) desestimó el sistema de guarda compartida debido a que las profundas desavenencias existentes entre los progenitores estaban repercutiendo gravemente en los menores.

⁶⁸⁵ La Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de menores, estableció que *“para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras del beneficio del bien común”*. p.139 Se puede encontrar en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338960247?blobheader>. SAP Luego, Civil, Sección 1ª, 25 Mayo 2016, rec. 169/2016 (ROJ: SAP LU 355/2016).

espacio de inestabilidad y conflictividad en el que “naufraquen” emocionalmente los menores⁶⁸⁶.

Se ha afirmado que la exitosa implantación del régimen de custodia compartida exige, entre otros factores, que exista un bajo nivel de conflicto y hostilidad entre los progenitores y un buen grado de comunicación y cooperación entre los mismos⁶⁸⁷. Y ello, porque una situación de conflictividad entre los padres no facilita el normal desarrollo de un sistema de guarda compartida⁶⁸⁸.

Para algunas Audiencias Provinciales⁶⁸⁹, *“la guarda y custodia compartida sólo es posible en aquellos supuestos en los que la relación entre los progenitores es fluida, permanente, periódica, pacífica, cordial, provocando todo ello la permanente comunicación, el diálogo y contacto de ambos con el fin de buscar en todo momento consensos y acuerdos que determinen el óptimo desarrollo integral de los menores, (...) en todos los ámbitos”*.

Otras resoluciones judiciales, sin embargo, han vinculado la estabilidad emocional de los niños, con la ausencia de conflictividad entre los padres⁶⁹⁰, sin

⁶⁸⁶ SAP Las Palmas, Sección 5ª, 15 Abr. 2004, rec. 384/2002 (LA LEY 88891/2004). SAP Málaga, Sección 5ª, 7 Sep. 2005, rec. 377/2005 (LA LEY 172301/2005). SAP Castellón, Sección 2ª, 15 Nov. 2005, rec. 130/2005 (LA LEY 222401/2005). SAP Vizcaya, Sección 4ª, 20 Mar. 2007, rec. 317/2006 (LA LEY 26028/2007). SAP Girona, Sección 1ª, 13 Dic. 2010, rec. 592/2010 (LA LEY 282341/2010). SAP Asturias, Sección 4ª, 29 Abr. 2013, rec. 137/2013 (LA LEY 71594/2013). SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 18 Marzo 2016, rec. 687/2015 (ROJ: SAP A 1045/2016).

⁶⁸⁷ La SAP Sevilla, Civil, Sección 2ª, 26 Nov. 2014, rec. 2633/2014 (ROJ: SAP SE 3496/2014) no modificó el régimen de custodia a favor de la madre por entender que no había desaparecido el elevado nivel de conflictividad entre los padres.

⁶⁸⁸ SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 13 Enero 2015, rec. 428/2014 (ROJ: SAP SA 2/2015).

⁶⁸⁹ SSAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 15 Dic. 2015, rec. 1506/2015 (ROJ: SAP M 17617/2015), 22 Abr. 2016, rec. 995/2015 (ROJ: SAP M 5919/2016) y 7 Junio 2016, rec. 1155/2015 (ROJ: SAP M 7385/2016).

⁶⁹⁰ SAP Girona, Sección 2ª, 9 Feb. 2000, rec. 494/1999 (LA LEY 34197/2000). La SAP Madrid, Sección 22ª, 25 Oct. 2002, rec. 1067/1998 (LA LEY 177477/2002), consideró que la observancia del principio *favor minoris* exigía un mínimo grado de coordinación entre los padres. SAP Madrid, Sección 22ª, Sentencia de 21 Mar. 2003, rec. 889/2002 (LA LEY 56305/2003). Sin embargo, la SAP Girona, Sección 2ª, Sentencia de 27 Ene. 2004, rec. 475/2003 (LA LEY 23009/2004), exigió equilibrio entre los dos padres, sin acritudes ni reproches que repercutan en los hijos menores. SAP Las Palmas, Sección 5ª, 28 Feb. 2005, rec. 859/2004 (LA LEY 47505/2005). SSAP Barcelona, Sección 12ª, 4 May. 2005, rec. 206/2005 (LA LEY 99504/2005) y 22 Jun. 2005, rec. 74/2005 (LA LEY 140781/2005). SAP Barcelona, Sección 18ª, 12 Ene. 2006, rec. 262/2005 (LA LEY 2969/2006). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 18 Dic. 2013, rec. 1043/2012 (ROJ: SAP B 14843/2013). La SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 28 Marzo

analizar, en ocasiones, el origen o causa de esa conflictividad, que a veces tiene por causa única y exclusivamente el sentimiento de pérdida que para uno de los progenitores supone la custodia exclusiva atribuida al otro.

Nuestros Juzgados y Tribunales⁶⁹¹ han denegado la custodia compartida ante situaciones verificadas de clara conflictividad entre los progenitores, porque han entendido, que mediante la custodia compartida, los hijos mantienen la misma relación afectiva con ambos padres y crecen según un único y común proyecto educativo. Lo que, sin duda, evidencia la absoluta necesidad de un elevado nivel de comunicación fluida, madurez y comprensión recíprocos entre los progenitores. Otras resoluciones judiciales, asimismo, han exigido que los progenitores sean capaces de llegar a unos mínimos acuerdos para que pueda establecerse el régimen de guarda compartida⁶⁹².

Y, con carácter general, estamos de acuerdo con dicha postura doctrinal, salvo alguna puntualización que realizaremos mas tarde. Es cierto, a este respecto, que los hijos han de vivir en un marco adecuado de cara a su futuro, lo que exige, indudablemente, que entre sus progenitores exista, al menos, a pesar de la ruptura, una relación viable entre ellos, que este fundamentada en el respeto y en la colaboración mutua, anteponiendo sus propias diferencias personales al interés, beneficio y bienestar

2014, rec. 386/2013 (ROJ: SAP M 4851/2014) denegó la guarda y custodia compartida en atención a la alta conflictividad existente entre los progenitores. La SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 5 Feb. 2015, rec. 349/2014 (ROJ: SAP BU 133/2015), otorgó la custodia exclusiva a favor de la madre en atención a que la menor, que tenía un alto grado de madurez, con buenas notas, sociable y trabajadora, lo que necesitaba es un alto grado de estabilidad en sus pautas vitales y la ausencia de conflictividad entre sus padres, lo que ponía de manifiesto que no era aconsejable la custodia compartida antes el grado de conflictividad existente entre sus progenitores.

⁶⁹¹ La SAP Girona, Sección 2ª, 9 Feb. 2000, rec. 494/1999 (LA LEY 34197/2000), denegó la custodia por la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores. SSAP Barcelona, Sección 18ª, 8 Jun. 2000, rec. 1268/1999 (LA LEY 118163/2000) y 16 Jun. 2009, rec. 592/2008 (LA LEY 180268/2009). SAP León, Sección 1ª, 22 Feb. 2008, rec. 211/2007 (LA LEY 40637/2008). SAP Pontevedra, Sección 1ª, 1 Jul. 2009, rec. 790/2008 (LA LEY 122363/2009). STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 20 Dic. 2010, rec. 108/2010 (LA LEY 294263/2010). SAP Tarragona, Sección 1ª, 1 Jul. 2011, rec. 131/2011 (LA LEY 158540/2011). SAP Cáceres, Sección 1ª, 6 Jun. 2012, rec. 325/2012 (LA LEY 98119/2012). Para la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 1 Abr. 2013, rec. 349/2012 (LA LEY 38932/2013) cuando falta armonía y comunicación a entre los progenitores, el régimen de custodia compartida es inviable. En el mismo sentido la SAP Melilla, Civil, Sección 7ª, 5 Mayo 2016 (ROJ: SAP ML 70/2016) ha manifestado que la conflictividad entre los progenitores resulta perjudicial para el menor, *“pues dicha conflictividad no permite mantener un marco familiar de referencia estable para dicho menor”*.

⁶⁹² SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 9 Feb. 2010, rec. 117/2009 (ROJ: SAP B 2944/2010).

de su prole, en aras del principio *favor filii* que ha de regir en materia de Derecho de Familia.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo al manifestar que el interés del menor exige un “*compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar*”⁶⁹³. Añadiendo, recientemente, que para la adopción del sistema de custodia compartida se requiere un mínimo de capacidad de diálogo entre los progenitores ya que sin el mismo se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor, reiterando el Alto Tribunal, como hemos visto, que este sistema de guarda “*requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos*”.⁶⁹⁴

Sin embargo, entendemos, que esta predisposición para el dialogo y el acuerdo no debe referirse a la decisión concreta sobre el sistema de custodia compartida, porque es “lo normal” que los progenitores estén en desacuerdo sobre este punto⁶⁹⁵, sino que ha de apreciarse en ambos progenitores una tendencia a superar las desavenencias por el bien de los menores, a buscar un entendimiento mínimo respecto de lo que concierne a sus hijos.

Otro factor indicativo para denegar la custodia compartida ha venido configurado por los propios incumplimientos del régimen de visitas⁶⁹⁶. Dichos

⁶⁹³ SSTS, Civil, Sección 1ª, 19 Julio 2013, rec. 2964/2012 (ROJ: STS 4082/2013), 2 Julio 2014, rec. 1937/2013 (ROJ: STS 2650/2014).

⁶⁹⁴ STS, Civil, Sección 1ª, 9 Marzo 2016, rec. 1849/2014 (ROJ: STS 1159/2016). La SAP Asturias, Civil, Sección 1ª, 18 Abr. 2016, rec. 385/2015 (ROJ: SAP O 1003/2016), mantuvo la custodia exclusiva ya que ambos progenitores carecían de ese respeto mutuo imprescindible en sus relaciones, presentaban absoluta falta de comunicación y sus decisiones respecto del menor eran enormemente conflictivas por lo que exigían constantes decisiones judiciales para su adopción ante las continuas discrepancias.

⁶⁹⁵ Los padres suelen manifestar su desacuerdo en torno a esta concreta medida de guarda, ya que desean verse atribuida la custodia unilateral.

⁶⁹⁶ La SAP Les Illes Balears, Sección 3ª, 13 Jun. 2008, rec. 49/2007 (LA LEY 148792/2008), dejó sin efecto la guarda y custodia compartida, atribuyéndosela a la madre. Justificó dicha decisión, entre otros motivos, en la existencia de conflictividad entre los progenitores y en el impago de pensión alimenticia por el padre. STSJ, Sala de lo Civil y Penal, 6 Feb. 2012, rec. 98/2010 (LA LEY 34206/2012). SAP Murcia, Sección 4ª, 25 Abr. 2013, rec. 259/2013 (LA LEY 73680/2013).

incumplimientos producidos antes de la petición del régimen de custodia compartida, se han estimado, por algunas resoluciones judiciales, como un indicio de la falta de acuerdo en común de los progenitores para solventar sus diferencias personales en un marco en el que el hijo no quede aún más perjudicado.

Para algunas Audiencias Provinciales⁶⁹⁷, solo en un clima de armonía y básico entendimiento entre los progenitores, con criterios y pautas similares en la educación de los hijos puede mantenerse una custodia alternada. Considerando imprescindible el acuerdo o, al menos, la falta de oposición del otro progenitor⁶⁹⁸.

No obstante, hay que señalar que no han faltado resoluciones judiciales⁶⁹⁹ que han concedido la custodia compartida a pesar de la conflictividad existente entre los progenitores.

Para algunos de esos Tribunales, la conflictividad entre la pareja no puede servir de único fundamento para la denegación de la custodia compartida⁷⁰⁰, pues pudiera ocurrir que esa falta de entendimiento hubiera sido buscada por alguno de los

⁶⁹⁷ SSAP Madrid, Sección 22ª, 22 Sep. 2006, rec. 352/2006 (LA LEY 178820/2006), 3 Oct. 2006, rec. 618/2006 (ROJ: SAP M 7159/2006), 9 Mar. 2007, rec. 86/2007 (LA LEY 37193/2007) y 15 Sep. 2008, rec. 207/2008 (LA LEY 183867/2008). SAP Málaga, Sección 6ª, 14 Jul. 2009, rec. 251/2009 (LA LEY 281777/2009). SAP Valencia, Sección 10ª, 18 Jul. 2011, rec. 490/2011 (LA LEY 165136/2011).

⁶⁹⁸ SAP Madrid, Sección 22ª, 9 Mar. 2007, rec. 86/2007 (LA LEY 37193/2007). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 13 Mar. 2007, rec. 39/2007 (LA LEY 91696/2007). SAP Valencia, Sección 10ª, 12 Jun. 2007, rec. 431/2007 (LA LEY 110234/2007). SAP Córdoba, Sección 2ª, 31 Oct. 2007, rec. 358/2007 (LA LEY 267954/2007). SAP Barcelona, Sección 12ª, 17 Sep. 2008, rec. 1255/2007 (LA LEY 219594/2008). La SAP Toledo, Sección 1ª, 2 Mar. 2010, rec. 27/2010 (LA LEY 32184/2010) consideró que para la concesión de la guarda y custodia compartida era preciso, como requisito *sine qua non*, que no se apreciara conflictividad entre los progenitores.

⁶⁹⁹ SAP Girona, Sección 2ª, 13 Oct. 2009, rec. 413/2009 (LA LEY 271716/2009). TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 3 Mar. 2010, rec. 152/2008 (LA LEY 2102/2010). SAP Castellón, Sección 2ª, 25 May. 2011, rec. 139/2010 (LA LEY 148449/2011). La SAP Girona, Sección 1ª, 30 Sep. 2010, rec. 374/2010 (LA LEY 192375/2010) concedió la custodia compartida pese a los conflictos entre los progenitores, ya que de los informes aportados se desprendía el beneficio para los menores de dicha medida. SAP Lleida, Sección 2ª, 10 Mar. 2011, rec. 208/2010 (LA LEY 49000/2011). STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, 28 Sep. 2012, rec. 14/2012 (LA LEY 164364/2012). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 4 Abr. 2013, rec. 639/2012 (LA LEY 60267/2013). SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 6 Feb. 2014, rec. 803/2013 (ROJ: SAP B 1219/2014).

⁷⁰⁰ Para la SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 4 Mayo 2016, rec. 657/2015 (ROJ: SAP BI 955/2016), la existencia de desavenencias entre los progenitores, y, en concreto, la ausencia de comunicación directa, no es argumento suficiente para excluir la guarda compartida, pues ello supondría favorecer la posición de quien pretendiera obstaculizar este sistema de guarda.

progenitores con el objeto de eludir la aplicación de dicho régimen de custodia en la fase previa al proceso o, incluso, durante el mismo⁷⁰¹.

Se ha manifestado, en este sentido, que la conflictividad entre los progenitores es frecuente en el momento de la ruptura y, a veces, puede prolongarse en el tiempo, e incluso, indefinidamente. Añadiendo que la misma debe ser controlada por los padres “*evitando su prolongación o afectación a los niños buscando los puntos de consenso necesarios por sí o con ayuda de terceros o incluso, en caso extremo, acudiendo al auxilio jurisdiccional para adoptar decisiones si existe discrepancia en el ejercicio de la responsabilidad parental*”⁷⁰². Concluyendo que el hecho de que se deba de extremar el celo tanto en la forma de las comunicaciones como, en la forma, momento y razón de la toma de decisiones no ha de frustrar el régimen convivencial compartido salvo que por “*la gravedad de los conflictos, su transmisión a los menores y la afectación de su desarrollo pudiera declararse que su interés está en la guarda individual por uno u otro progenitor o incluso en la guarda a través de terceras personas*”⁷⁰³.

Para otros Tribunales⁷⁰⁴, la genérica afirmación de que los progenitores no tienen buenas relaciones, no ampara por sí sola una medida contraria al régimen de custodia compartida, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden

⁷⁰¹ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 28 Enero 2014, rec. 472/2013 (ROJ: SAP Z 212/2014). SAP Ourense, Civil, Sección 1ª, 17 Junio 2016, rec. 103/2016 (ROJ: SAP OU 440/2016). Para la SSAP Girona, Civil, Sección 1ª, 8 julio 2015, rec. 192/2015 (ROJ: SAP GI 847/2015) y 24 Julio 2014, rec. 268/2014 (ROJ: SAP GI 616/2014) la conflictividad entre los progenitores no impide el establecimiento de la guarda compartida. Para dicho Tribunal “*la conflictividad puede dificultar no el ejercicio de la guarda, sino aquellas funciones más habituales y comunes relacionadas con el ejercicio de dicha guarda (compra de ropa, gestión de las actividades extraescolares, gestión de las visitas al médico, etc.), pues bien, si se prevé que en dicha cuestiones pueden surgir conflictos, no cabe otra solución que distribuirlos entre ellos, y por ello la implantación del plan de parentalidad. Y si en cuestiones más trascendentales también existe conflictividad, también cabe la distribución de funciones de la potestad parental. Y si la conflictividad surge en el momento de los cambios de la guarda o en interpretaciones sobre este aspecto, la solución es simple, se modifica y se adapta a fin de evitar tales conflictos*”.

⁷⁰² SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 15 Mayo 2015, rec. 800/2013 (ROJ: SAP B 5072/2015).

⁷⁰³ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, y 2 Julio 2015, rec. 1209/2013 (ROJ: SAP B 9678/2015).

⁷⁰⁴ SSAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 6 Feb. 2015, rec. 410/2014 (ROJ: SAP MA 1265/2015) y 12 Mayo 2015, rec. 53/2014 (ROJ: SAP MA 2013/2015). LA SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 11 Marzo 2015, rec. 755/2013 (ROJ: SAP TF 422/2015) admitió el régimen de custodia compartida al no constar que la tensa relación existente entre los progenitores redundara en perjuicio del menor.

resultar contrarias al interés de los menores. Afirmando⁷⁰⁵ que solo una conflictividad extrema, especialmente cuando existan malos tratos, sería causa de denegación de una guarda y custodia compartida.

Estas resoluciones han manifestado que si bien es cierto que el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos requiere de un cierto grado de consenso entre los progenitores, esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida o, en su caso, el mantenimiento de la misma, de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial⁷⁰⁶. Concluyendo que una situación de conflictividad entre los progenitores no determinará, necesariamente, la exclusión automática de este régimen de custodia. Se exige, en todo caso, la concurrencia de conflictos o enfrentamientos entre los progenitores que imposibiliten el ejercicio compartido de la función parental adecuada al interés de los menores⁷⁰⁷.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, se ha manifestado que la conflictividad entre los progenitores no debe llevarnos a un rechazo total y absoluto de la custodia compartida ya que, si bien puede no ser el sistema ideal, tampoco lo es para conseguir una relación pacífica el de atribución exclusiva a favor de uno de los progenitores. Así pues, concluyen, que el grado de conflictividad de los progenitores debe ser valorado junto con otras circunstancias o factores para acordar el régimen más idóneo⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ SSTSJ Cataluña, Civil, Sección 1ª, 19 Mayo 2014, rec. 20/2013 (ROJ: STSJ CAT 5531/2014) y 1 Dic. 2014, rec. 71/2014 (ROJ: STSJ CAT 12011/2014). Para la SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 21 Sept. 2015, rec. 50/2015 (ROJ: SAP BU 644/2015) en una situación de alta conflictividad entre los progenitores habiendo existido una sentencia por delito de maltrato familiar, será difícil lograr esa situación de armonía y entendimiento que favorezcan el ejercicio conjunto de la guarda y custodia, siendo esta la razón por la que el legislador excluye el carácter compartido de la misma.

⁷⁰⁶ Para la SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 2 Oct. 2013, rec. 225/2013 (ROJ: SAP CA 1252/2013) la falta de comunicación en situaciones de crisis matrimoniales, no constituye un obstáculo insalvable para los progenitores, sino que puede y debe ser superado.

⁷⁰⁷ SAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 31 Marzo 2016, rec. 142/2016 (ROJ: SAP MU 852/2016).

⁷⁰⁸ Para la SAP Castellón, Sección 2ª, 4 Oct. 2005, rec. 129/2005 (LA LEY 192503/2005) la existencia de una mala relación entre los progenitores no puede ser un impedimento insalvable para el establecimiento de una custodia compartida. SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 20 Sep. 2010, rec. 214/2010 (LA LEY 182226/2010). SAP Girona, Sección 1ª, 30 Sep. 2010, rec. 374/2010 (LA LEY 192375/2010). SAP Castellón, Sección 2ª, 25 May. 2011, rec. 139/2010 (LA LEY 148449/2011). La SAP Huesca, 16 Mar. 2012, rec. 55/2012 (LA LEY 77397/2012), entendió que la mala relación de los progenitores no puede ser por sí misma un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el

Estamos de acuerdo en que es necesaria la existencia de buena relación o de una relación “normalizada” entre los progenitores, pero no solo para el establecimiento del régimen de custodia compartida, sino para el establecimiento de cualquier tipo de medidas en las situaciones de crisis del matrimonio.

Compartimos el criterio de que no toda conflictividad, por si misma, puede ser causa de exclusión de la custodia compartida. Porque si bien, es necesario un cierto grado de entendimiento entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de una ruptura, también es necesario ponderar los intereses en juego, en especial los del menor y acudir al caso concreto para poder determinar que a pesar de la mala relación entre los progenitores la concesión de la custodia compartida podría ser favorable para el mismo. Es decir, se debe ponderar si esa mala relación entre los progenitores es relevante para los hijos si afecta o perjudica el interés de los mismos.

Podríamos concluir afirmando que la conflictividad existente entre los progenitores, es uno de los criterios o factores a ponderar por la autoridad judicial para determinar el régimen de custodia más conveniente para los menores, y en su caso, excluir el régimen de guarda compartida cuando sea de tal entidad que trascienda el conflicto de los progenitores a los menores, y con ello perjudicar a la estabilidad de los mismos. Pues, como hemos reiterado, la guarda compartida requiere de un mínimo de respeto y colaboración entre los progenitores en la formación integral de los menores, lo que resulta esencial para el desarrollo de la personalidad de los mismos, aportándoles seguridad y estabilidad.

régimen de visitas, manifestando que lo más beneficioso para los menores es que se relacionen con ambos progenitores, aunque los adultos se lleven mal personalmente. SAP Barcelona, Sección 18ª, 7 Feb. 2012, rec. 456/2011 (LA LEY 39478/2012). SAP Zaragoza, Sección 2ª, Sentencia de 16 Abr. 2013, rec. 90/2013 (LA LEY 60273/2013). Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 30 Abr. 2013, rec. 319/2012 (ROJ: SAP B 5494/2013) no cualquier grado de conflictividad o de ausencia de entendimiento descarta como viable una guarda compartida o alterna. SAP Gerona, Civil, Sección 2ª, 7 Enero 2015, rec. 658/2014 (ROJ: SAP GI 268/2015). Para la SAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 1 Oct. 2015, rec. 334/2015 (ROJ: SAP A 3347/2015) no puede estimarse como un serio obstáculo al régimen de convivencia compartida que los progenitores mantengan una alta conflictividad.

4.2.1.2. *La relación de los progenitores con los hijos.*

Por lo que respecta a la relación de los progenitores con los hijos, esta relación, según la jurisprudencia, puede ser susceptible de excluir⁷⁰⁹ o conceder el régimen guarda y custodia compartida⁷¹⁰.

Para el legislador foral y los Tribunales⁷¹¹, la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado de los hijos antes e incluso después de la ruptura, la estrechez de los vínculos emocionales y la aptitud personal de cada progenitor para garantizar adecuadamente las relaciones de los menores con los dos progenitores así como con las demás personas que conviven en sus hogares, son criterios determinantes a la hora de decidir el modelo de custodia.

La doctrina jurisprudencial⁷¹² mantiene que el denominador común de todos los criterios que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia

⁷⁰⁹ SAP Las Palmas, Sección 3ª, 26 Jul. 2007, rec. 220/2007 (LA LEY 183334/2007). SAP Sevilla, Sección 2ª, 10 Oct. 2007, rec. 4651/2007 (LA LEY 279799/2007). SAP Barcelona, Sección 18ª, 13 Oct. 2008, rec. 31/2008 (LA LEY 220225/2008). La SAP Burgos, Sección 2ª, 20 Oct. 2008, rec. 131/2008 (LA LEY 267551/2008) manifestó que la hija no mantenía una relación con la debida cercanía y estabilidad con su padre que justificará una custodia compartida. La SAP Madrid, Sección 22ª, 2 Dic. 2011, rec. 1132/2010 (LA LEY 261597/2011) revocó la custodia compartida, manifestando que la madre presentaba una mayor capacidad y recursos para el establecimiento de vínculos afectivos. La SAP Zaragoza, Sección 2ª, 16 Abr. 2013, rec. 90/2013 (LA LEY 60273/2013), destacó la mala relación de la hija con el padre.

⁷¹⁰ SAP Las Palmas, Sección 5ª, 15 Abr. 2004, rec. 384/2002 (LA LEY 88891/2004). Para la SAP Córdoba, Sección 2ª, 24 Abr. 2006, rec. 88/2006 (LA LEY 100628/2006), entre los requisitos que deben concurrir para la concesión de la custodia compartida exige la existencia de un vínculo afectivo del hijo con ambos padres aceptando este tipo de custodia. La SAP Granada, Sección 5ª, 15 Abr. 2011, rec. 18/2011 (LA LEY 171315/2011) mantuvo la custodia compartida a pesar de la falta de consenso entre los progenitores y la ausencia de informe del Ministerio Fiscal, en atención a la buena vinculación afectiva de la menor con los dos progenitores y su deseo de convivir con ambos.

⁷¹¹ La SAP Murcia, Civil, Sección 1ª, 28 de Enero 2002, rec. 161/2001 (ROJ:SAPMU 250/2002), atribuyo el régimen de custodia a favor del padre en atención a cuál de los entornos familiares resultaba más idóneo y beneficioso para el hijo.

⁷¹² La SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 11 Marzo 2010, rec. 538/2009 (ROJ: SAP B 4053/2010) denegó la custodia compartida en atención a que el menor había vivido bajo la guarda y cuidado de la madre desde que nació. Considerando que ello había determinado que el referente cuidador principal fuera su madre. Pese a que la relación con su padre era positiva, la adopción de la custodia compartida se entendía que implicaría un cambio en la organización cotidiana de la niña y una pérdida de lo que había constituido su unidad familiar primaria difícilmente justificable. SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 15 Dic. 2010, rec. 112/2010 (ROJ: SAP B 10873/2010). La SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 8 Feb. 2011, rec. 234/2010 (ROJ: SAP B 1251/2011) entendió que era más beneficioso para el menor que viviera con la madre de forma continuada, ya que el horario laboral de ésta le permitía, atender al menor en todos los

compartida, no es otro que la estabilidad del menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento, así como la posibilidad de establecer una dinámica u organización lo mas similar posible, con preservación de los intereses del menor, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos.

Se ha concedido la custodia compartida tomando en consideración la dedicación de ambos progenitores al cuidado y atención de los hijos, tanto durante la convivencia familiar, como tras la ruptura de la pareja⁷¹³. Sin embargo, se ha denegado dicho régimen de custodia teniendo en cuenta la dedicación de uno de los progenitores al cuidado y atención de los hijos, tanto durante la convivencia familiar, como tras la ruptura de la pareja⁷¹⁴. Es lo que se ha venido llamado el criterio del “cuidador primario”⁷¹⁵, es decir, se tiene en cuenta cómo se ha organizado la familia antes de la ruptura y el tiempo o cuidados proferidos por cada progenitor a sus hijos y también las posibilidades de organización en el futuro.

aspectos, material, emocional y educativo, siendo así que es lo que más se ajustaba a la organización familiar impuesta después de la ruptura. SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 25 Mayo 2011, rec. 565/2010 (ROJ: SAP B 4713/2011).SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 2 Junio 2016, rec. 656/2015 (ROJ: SAP B 5969/2016).

⁷¹³ SSAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 22 Feb. 2011, rec. 261/2010 (ROJ: SAP B 2578/2011) y 9 DIC. 2013, rec. 1037/2012 (ROJ: SAP B 16129/2013).

⁷¹⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 16 Feb. 2012, rec. 454/2011 (ROJ: SAP TF 149/2012). SAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 15 Mayo de 2012, rec. 98/2012 (ROJ: SAP C 1340/2012). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 9 Julio 2012, rec. 840/2011 (ROJ: SAP TF 2007/2012). SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 24 Enero 2014, rec. 811/2013 (ROJ: SAP GC 832/2014). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 5 Mayo 2016, rec. 325/2015 (ROJ: SAP B 4883/2016).

⁷¹⁵ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 20 Feb. 2007, rec. 810/2006 (ROJ: SAP M 2469/2007). SAP Segovia, Civil, Sección 1ª, 26 Junio 2012, rec. 207/2012 (ROJ: SAP SG 245/2012). Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 23 Julio 2013, rec. 643/2012 (ROJ: SAP B 7810/2013), mantuvo la guarda materna en cuanto entendió que se daba prioridad al criterio del cuidador primario, que implicaba para los hijos un cambio menos drástico en su quehacer diario y por tanto se ajustaba mas al interés de los menores. SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 2 Nov. 2015, rec. 1009/2014 (ROJ: SAP B 10895/2015).

Durante mucho tiempo, se ha denegado por los Tribunales⁷¹⁶ un cambio de custodia en atención a que los menores antes y después de la ruptura han permanecido con el mismo progenitor, generalmente la madre, sin que constara que la atención de dicho progenitor hubiera sido deficitaria y no concurriendo razones que permitieran alterar un régimen que había funcionado perfectamente. Justificando dicha postura en que no era adecuado acordar un cambio drástico de referentes y organización de vida de los hijos pues ello no podría más que desestabilizarles⁷¹⁷.

Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona⁷¹⁸ ha manifestado que el art. 233-11 CCCat *“establece los criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda con la clara finalidad de que por parte del juez pueda determinarse o concretarse el interés del menor o menores en cada caso en función de determinadas circunstancias fácticas que configuran la realidad de la organización familiar, las necesidades afectivas de los hijos y su satisfacción después de la ruptura y la posible organización futura de la familia desde la perspectiva siempre del interés y necesidades de los hijos”*. Añadiendo que dicho artículo no establece un orden de preferencia entre dichos criterios, aunque ha manifestado que del Preámbulo puede deducirse una *“clara preferencia por los criterios de la vinculación psicológica (apartado a) y del cuidador primario (apartado d)”*.

Sin embargo, esa misma Audiencia Provincial⁷¹⁹ ha añadido que los criterios del cuidador primario y el de la continuidad, no pueden impedir que se acuerde otra forma o modalidad de guarda, pues es posible que se establezca otra organización familiar después de la ruptura, pero para ello debe acreditarse que la nueva organización que se

⁷¹⁶ SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 3 Junio 2010, rec. 676/2010 (ROJ: SAP TF 617/2010). La SAP Toledo, Civil, Sección 1ª, 14 Junio 2011, rec. 87/2011 (ROJ: SAP TO 540/2011), optó por la custodia a favor de la madre, pues con ella había venido conviviendo el menor, afirmando que nada se podía decir en su contra en orden a como se había desarrollado aquella, estando integrado el niño en sus hábitos junto con dicha madre custodia. SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 27 Mayo 2013, rec. 54/2013 (ROJ: SAP CS 586/2013). SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 30 Junio 2015, rec. 341/2015 (ROJ: SAP A 1510/2015).

⁷¹⁷ SSAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 17 Sept. 2013, rec. 715/2012 (ROJ: SAP B 9392/2013) y 19 Feb. 2014, rec. 1279/2012 (ROJ: SAP B 2766/2014). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 7 Julio 2015, rec. 995/2013 (ROJ: SAP V 3497/2015).

⁷¹⁸ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 3 Dic. 2013, rec. 926/2012 (ROJ: SAP B 14803/2013).

⁷¹⁹ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 14 Enero 2015, rec. 1070/2013 (ROJ: SAP B 412/2015).

propone resulta beneficiosa para el menor o que no perturba su estabilidad, estabilidad que está vinculada a su forma de vida y a su cotidianidad.

Otras resoluciones han manifestado que el hecho de que uno de los progenitores haya estado más implicado en la crianza y educación de los hijos no puede excluir una custodia compartida si el otro progenitor cuenta con la actitud y aptitud bastante para implicarse en las funciones de custodia⁷²⁰.

Los Tribunales partidarios de esta segunda opción entienden que la cuestión debe ceñirse a resolver si pasar de lo conocido y estable a un nuevo régimen de alternancia en la custodia sería beneficioso para los menores⁷²¹. De lo que se trata, afirman, es de valorar cual sea el mejor régimen de guarda y custodia para todas las partes interesadas, y, en especial, y de forma prioritaria, para los hijos⁷²².

Por otro lado, consideramos que es mejor guardador aquel de los progenitores que mejor garantice y proteja la relación con el otro progenitor sin que la relación con uno de ellos limite o impida la del otro. Es positivo para la evolución de los menores que ambos progenitores acepten y reconozcan al otro en su papel también de padre o madre. Pretender una custodia monoparental o exclusiva por considerarse mejor que el otro para ejercer las responsabilidades parentales es tanto como sancionar al hijo con ser apartado de la posibilidad de compartir con ambos padres sus rutinas diarias y vivencias, pero pretender una custodia compartida cuando el nivel conflictividad entre ambos progenitores es alto, como ya hemos dicho, dificultara su ejercicio, perturbando la dinámica familiar e incluso pudiendo afectar de forma negativa en los hijos⁷²³.

⁷²⁰ SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 27 Junio 2013, rec. 56/2013 (ROJ: SAP A 2646/2013). SAP Palencia, Civil, Sección 1ª, 20 Oct. 2015, rec. 212/2015 (ROJ: SAP P 286/2015).

⁷²¹ SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 10 Dic. 2012, rec. 318/2012 (ROJ: SAP BU 1252/2012). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 19 Nov. 2015, rec. 292/2014 (ROJ: SAP B 12187/2015).

⁷²² SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 14 Dic. 2015, rec. 108/2015 (ROJ: SAP CS 1131/2015).

⁷²³ SAAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 29 Julio 2015, rec. 1435/2013 (ROJ: SAP B 8062/2015) y 18 Nov. 2015, rec. 406/2014 (ROJ: SAP B 12986/2015).

En ningún caso debería establecerse una especie de competitividad entre los progenitores para determinar cuál puede ser mejor, sino advertir que sus hijos deben relacionarse por igual con el padre y con la madre, y sus respectivos entornos, sin perjuicio del régimen de guarda establecido⁷²⁴.

La jurisprudencia menor ha entendido que es necesario, en orden a la atribución del régimen de guarda y custodia alternada, que se dé el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos, la atención que pueden prestar al menor en el orden educativo, afectivo, de cuidado y material, como las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor, en definitiva exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo integral del hijo menor de edad⁷²⁵.

Así, algunas Audiencias Provinciales han concedido la custodia compartida en atención a la existencia de un vínculo afectivo de la prole con ambos progenitores⁷²⁶ y a que los rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres sean compatibles.

Se ha concedido la custodia compartida atendiendo a la “...concreta existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que además estos acepten este

⁷²⁴ SAAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 29 Sept. 2015, rec. 185/2015 (ROJ: SAP B 8759/2015) y 29 Sept. 2015, rec. 192/2014 (ROJ: SAP B 11375/2015).

⁷²⁵ SAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 14 Abr. 2005, rec. 339/2005 (ROJ: SAP C 743/2005). SAP Palencia, Civil, Sección 1ª, 24 Julio 2006, rec. 89/2006 (ROJ: SAP P 417/2006). SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 26 Julio 2007, rec. 220/2007 (ROJ: SAP GC 2049/2007).

SAP Toledo, Civil, Sección 1ª, 21 Feb. 2011, rec. 280/2010 (ROJ: SAP TO 161/2011). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 4 Enero 2012, rec. 1151/2011 (ROJ: SAP V 17/2012). SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 2 Abr. 2012, rec. 1101/2011 (ROJ: SAP GC 1971/2012). SSAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 27 Sept. 2012, rec. 47/2012 (ROJ: SAP TF 2315/2012) y 28 Nov. 2012, rec. 227/2012 (ROJ: SAP TF 2375/2012). SSAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 24 Julio 2015, rec. 349/2015 (ROJ: SAP C 2002/2015), 22 Marzo 2016, rec. 77/2015 (ROJ: SAP C 589/2016) y 21 Abr. 2016, rec. 163/2016 (ROJ: SAP C 859/2016).

⁷²⁶ SAP Pontevedra, Civil, Sección 3ª, 14 Oct. 2010, rec. 104/2010 (ROJ: SAP PO 2425/2010). SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 16 Feb. 2011, rec. 327/2010 (ROJ: SAP GU 39/2011). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 8 Marzo 2011, rec. 402/2010 (ROJ: SAP IB 341/2011). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 11 Julio 2011, rec. 287/2010 (ROJ: SAP M 9262/2011). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 30 Nov. 2012, rec. 532/2012 (ROJ: SAP V 5298/2012). SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 13 Nov. 2013, rec. 244/2012 (ROJ: SAP BU 946/2013). SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 9 Dic. 2014, rec. 3317/2014 (ROJ: SAP SS 991/2014). SAP Cantabria, Civil, Sección 2ª, 22 abril 2015, rec. 22/2015 (ROJ: SAP S 798/2015). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 27 Abr. 2016, rec. 1322/2015 (ROJ: SAP V 1775/2016).

tipo de custodia y que están de acuerdo con la alternativa de custodia compartida...’’⁷²⁷.

Se ha denegado la custodia compartida al detectar indicadores de afección negativa, es decir, la relación del hijo con uno de sus progenitores presentaba importantes dificultades, “*no atribuibles sólo a la posible manipulación paterna sino al pobre vínculo afectivo existente entre el menor y la madre*”⁷²⁸. Por el contrario, se ha concedido dicho régimen atendiendo a la buena relación que mantienen los menores con ambos progenitores⁷²⁹.

4.2.1.3. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.

La atribución de una guarda y custodia compartida representa una atención continua y diaria al cuidado y educación de los hijos, por ello la atribución de dicho régimen requiere comprobar si ambos progenitores pueden encargarse de sus hijos y cubrir la totalidad de sus necesidades y atenciones, en condiciones de igual⁷³⁰. Por ello, la disponibilidad de tiempo de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente es un factor importante a la hora de optar por un régimen u otro de custodia⁷³¹.

⁷²⁷ SAP Alicante, Sección 6ª, 16 May. 2007, rec. 148/2007 (LA LEY 103298/2007). SAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 3 Feb. 2011, rec. 561/2011 (ROJ: SAP C 134/2011).

⁷²⁸ SAP Madrid, Sección 24ª, 5 Mar. 2007, rec. 1150/2006 (LA LEY 150496/2007).

⁷²⁹ SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 28 Nov. 2006, rec. 519/2006 (LA LEY 203544/2006). SAP Zaragoza, Civil, Sección 4ª, 24 Julio 2006, rec. 532/2005 (ROJ: SAP Z 2048/2006). SAP Alicante, Sección 9ª, 24 Abr. 2009, rec. 87/2009 (LA LEY 68447/2009).

⁷³⁰ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 5 Marzo 2014, rec. 4/2014 (ROJ: SAP CS 345/2014).

⁷³¹ La SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 24 Enero 2013, rec. 794/2013 (ROJ: SAP A 239/2013), denegó la modificación del régimen de custodia a la compartida ya que el padre tenía un horario muy amplio y difícil de conciliar con el régimen de guarda compartida, incluso había tenido problemas de horarios por el trabajo para recoger a sus hijos y hacer efectivo el régimen de visitas. SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 24 Feb. 2016, rec. 694/2015 (ROJ: SAP A 319/2016). SAP León, Civil, Sección 2ª, 13 Junio 2016, rec. 156/2016 (ROJ: SAP LE 608/2016).

Este factor está ligado al derecho que tienen los hijos a un contacto directo con sus progenitores, por ello, la mayor o menor disponibilidad de trato directo y la conciliación familiar y laboral son dos de los parámetros a tener en cuenta no solo por la jurisprudencia sino también por la normativa foral para determinar el régimen de custodia más adecuado para los hijos menores de edad.

Así, se ha concedido la guarda exclusiva atendiendo a la mayor disponibilidad horaria de uno de los progenitores para el cuidado y dedicación de los niños⁷³². No se trata de sancionar a aquel progenitor que tiene un trabajo y un mal horario sino que se ha de tomar en consideración las circunstancias de ambos progenitores y la posible conciliación de la vida familiar y profesional de ambos⁷³³.

Se ha denegado la custodia compartida por considerar que las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de uno de los progenitores eran dudosas⁷³⁴ ya que no contaba con la infraestructura necesaria, para hacerse cargo de los menores, con carácter estable y duradero, esto es, con vocación de permanencia. Además carecía de familia extensa que pudiese servir de apoyo en el cuidado y atención de los hijos⁷³⁵.

La menor posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de uno de los progenitores se ha entendido que merma o dificulta la disponibilidad para mantener trato directo o una atención directa con los menores⁷³⁶. El hecho que uno de los progenitores no tenga la disponibilidad suficiente para poder estar con sus hijos, ha fundamentado la denegación de la custodia compartida por entender que no es bueno

⁷³² SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 19 Junio 2012, rec. 303/2012 (ROJ: SAP SA 375/2012). SSAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 15 Abr. 2013, rec. 289/2012 (ROJ: SAP A 1304/2013) y Sección 6ª, 10 Sept. 2013, rec. 388/2016 (ROJ: SAP A 3235/2013).

⁷³³ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 22 Abr. 2013, rec. 1/2013 (ROJ: SAP CS 750/2013).

⁷³⁴ SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 5 Mayo 2015, rec. 200/2015 (ROJ: SAP A 1343/2015).

⁷³⁵ SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 1 Oct. 2014, rec. 379/2014 (ROJ: SAP A 3276/2014). SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 7 Enero 2016, rec. 221/2015 (ROJ: SAP CS 68/2016).

⁷³⁶ SSAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 6 Nov. 2014, rec. 851/2014 (ROJ: SAP V 5142/2014) y 28 Julio 2014, rec. 366/2013 (ROJ: SAP V 3954/2014). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 30 Marzo 2016, rec. 858/2014 (ROJ: SAP MA 883/2016).

para los menores la delegación del padre en terceras personas del cuidado y atención de sus hijos, si esa misma función puede ser realizada por la madre⁷³⁷.

En este sentido se ha manifestado⁷³⁸ que una actitud generalizada de delegación en favor de la familia extensa de la convivencia directa en las estancias con los menores, haría que el régimen de convivencia compartida resultará improcedente, pues no se cumpliría las finalidades que con el mismo se pretenden. Añadiendo que si esa delegación no va más allá del apoyo normal que la familia puede prestar al progenitor, se entiende que es beneficiosa porque potencia las relaciones de los menores con su entorno familiar, lo que no obstaculiza la custodia compartida.

Se ha atribuido la custodia compartida atendiendo a la red de apoyos familiares para la atención y cuidado cotidiano del menor⁷³⁹.

Para algunas Audiencias Provinciales los horarios laborales de los progenitores no pueden convertirse, en la realidad social y económico-laboral actual, en un obstáculo insalvable a la custodia compartida, pues esta realidad social nos muestra las dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres durante la convivencia normalizada con el recurso al apoyo de terceras personas, bien de personal contratado o de su familia, para compatibilizar sus obligaciones familiares con las laborales al objeto de mantenerse y afianzarse en el mercado laboral, con el esfuerzo que ello supone.

Se añade que, en consecuencia, lo importante es que la estructura de cada uno de los progenitores le permita reorganizarse en torno a los horarios y cuidados que los

⁷³⁷ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 25 Enero 2013, rec. 184/2012 (ROJ: SAP CS 103/2013). La SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 26 Oct. 2015, rec. 787/2015 (ROJ: SAP V 4697/2015), denegó la custodia compartida en atención a la falta de la necesaria disponibilidad para llevar adelante un sistema de custodia compartida, aun teniendo ambos progenitores las aptitudes necesarias.

⁷³⁸ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 11 Marzo 2013, rec. 845/2012 (ROJ: SAP A 636/2013).

⁷³⁹ La SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 22 Marzo 2012, rec. 591/2011 (ROJ: SAP TF 581/2012), mantuvo el régimen de custodia exclusiva en atención a que el menor desde su nacimiento había vivido en el domicilio de los abuelos paternos, rodeado de su familia extensa, integrada por abuelos y tíos, y por tanto, contaba el padre con una red de apoyos familiares para la atención y cuidado cotidiano del menor. SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 14 Nov. 2012, rec. 60/2012 (ROJ: SAP TF 2423/2012). SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 12 mayo 2015, rec. 177/2015 (ROJ: SAP A 1374/2015).

menores necesiten en la semana alterna que conviva con cada uno de sus padres al objeto de que sean ellos los que de forma primordial se encarguen de sus hijos⁷⁴⁰. Siendo similares, en ambos progenitores las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, se ha otorgado la custodia compartida⁷⁴¹.

En consecuencia, para adoptar la medida de guarda y custodia alternada habrá que analizar no sólo las aptitudes de uno y otro progenitor respecto de los hijos sino también cómo se encuentran los hijos en cada uno de los entornos del padre y de la madre y cómo se puede lograr la mejor contribución de éstos para, en la medida de lo posible, lograr un satisfactorio desarrollo de los descendientes que es lo que constituye el principal motivo de protección⁷⁴².

4.2.2. La proximidad de los domicilios de los progenitores.

Se trata de un requisito de tipo material. Solamente se han hecho eco de este criterio, recogéndolo en su articulado, la Ley foral catalana 25/2010, de 29 de junio, que reforma el libro 2º del Código civil de Cataluña y la Ley foral vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, mientras que el resto de legislaciones autonómicas no hacen referencia explícita a este criterio. Ello no significa que este factor no haya de valorarse en la aplicación de las mismas, pues como ya hemos visto, todas las legislaciones forales referidas y, como veremos, la jurisprudencia, reconocen y hacen valer entre los criterios, uno abierto que alude a “*cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia*”.

⁷⁴⁰ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 27 Julio 2015, rec. 3251/2015 (ROJ: SAP SS 877/2015).

⁷⁴¹ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 20 Marzo 2012, rec. 71/2012 (ROJ: SAP Z 720/2012). SSAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 4 Julio 2013, rec. 78/2013 (ROJ: SAP A 3467/2013), 14 Nov. 2013, rec. 148/2013 (ROJ: SAP A 4772/2013) y Sección 9ª, 27 Julio 2014, rec. 909/2013 (ROJ: SAP A 1756/2014).

⁷⁴² SAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 5 Marzo 2007, rec. 1150/2006 (ROJ: SAP M 9865/2007). SAP Rioja, Civil, Sección 1ª, 23 Nov. 2009, rec. 353/2009 (ROJ: SAP LO 785/2009). SAP Córdoba, Civil, Sección 2ª, 20 Mayo 2010, rec. 120/2010 (ROJ: SAP CO 743/2010). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 15 Nov. 2010, rec. 240/2010 (ROJ: SAP TF 2642/2010). SAP Córdoba, Civil, Sección 2ª, 20 Julio 2011, rec. 165/2011 (ROJ: SAP CO 419/2011). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 25 Abr. 2012, rec. 740/2011 (ROJ: SAP MA 1107/2012). SAP Córdoba, Civil, Sección 2ª, 14 Feb. 2013, rec. 415/2012 (ROJ: SAP CO 18/2013).

De conformidad con el art. 19 CE cada ciudadano puede elegir libremente su residencia en territorio nacional, como también entrar y salir libremente de España. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que la guarda y custodia compartida supone, en muchos casos, un trastorno para el menor, que se ve obligado a desplazarse de domicilio de manera muy frecuente y repetitiva, lo que en ocasiones, puede producirle cierta inestabilidad.

Así, entre los presupuestos objetivos favorecedores⁷⁴³ de un sistema de custodia compartida, la jurisprudencia ha señalado la cercanía de los domicilios paterno y materno.

Jurisprudencialmente se ha señalado que la existencia de residencias cercanas o geográficamente compatibles⁷⁴⁴, garantiza la estabilidad del entorno de los menores. Valorándose de forma negativa, la concesión de la custodia compartida cuando hay una distancia, más o menos importante, entre los domicilios de ambos progenitores⁷⁴⁵, Manifestándose que los cambios de permanencia en el domicilio cada progenitor, cuando existe distancia entre ellos, no puede favorecer la adaptación del menor sino que puede repercutir negativamente al nivel emocional y en su rendimiento académico, siendo lo aconsejable que los menores tengan un lugar fijo de permanencia, con normas, hábitos y rutinas diarias, lo que no se lograría con el constante cambio de domicilio⁷⁴⁶.

⁷⁴³ SAP Cáceres, Civil, Sección 1ª, 4 Feb. 2014, rec. 520/2013 (ROJ: SAP CC 55/2014). SAP Cantabria, Civil, Sección 2ª, 4 Fe. 2014, rec. 556/2013 (ROJ: SAP S 682/2014). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 11 Julio 2014, rec. 1127/2013 (ROJ: SAP M 10461/2014). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 11 Marzo 2015, rec. 755/2013 (ROJ: SAP TF 422/2015). SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 17 Marzo 2015, rec. 38/2015 (ROJ: SAP VI 137/2015). SAP Toledo, Civil, Sección 1ª, 8 Marzo 2016, rec. 230/2015 (ROJ: SAP TO 303/2016).

⁷⁴⁴ SAP Alicante, Sección 6ª, 8 May. 2006, rec. 105/2006 (LA LEY 112709/2006). SAP A Coruña, Sección 5ª, 17 Abr. 2008, rec. 442/2007 (LA LEY 149616/2008). Para la SAP Navarra, Sección 2ª, 4 Jul. 2008, rec. 173/2007 (LA LEY 202378/2008), la proximidad de los domicilios de los padres garantiza la estabilidad del entorno de los menores. SAP Lleida, Sección 2ª, 10 Mar. 2011, rec. 208/2010 (LA LEY 49000/2011). STS, Civil, Sección 1ª, 7 Julio 2011, rec. 1221/2010 (ROJ: STS 4824/2011). SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 14 Oct. 2014, rec. 72/2014 (ROJ: SAP CA 1574/2014). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 24 Sept. 2015, rec. 448/2014 (ROJ: SAP TF 2216/2015).

⁷⁴⁵ SAP Barcelona, Sección 12ª, 2 Mar. 2010, rec. 899/2009 (LA LEY 77287/2010). SAP Barcelona, Sección 18ª, 25 Sept. 2013, rec.755/2012 (ROJ: SAP B 11161/2013). SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 7 Oct. 2014, rec. 783/2014 (ROJ: SAP CO 804/2014). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 3 Junio 2015, rec. 488/2014 (ROJ: SAP B 6319/2015).

⁷⁴⁶ SSAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 1 Dic. 2010, rec. 284/2010 (ROJ: SAP C 3307/2010) y 5 Abr. 2011, rec. 6/2011 (ROJ: SAP C 983/2011).

La mayoría de las Audiencias Provinciales⁷⁴⁷ han entendido, y estamos de acuerdo, que es muy importante para la concesión de la guarda y custodia alternada, entre otros criterios, que exista una proximidad entre el domicilio paterno y el materno. La proximidad entre los domicilios de ambos progenitores favorece la estabilidad de los menores en sus quehaceres cotidianos⁷⁴⁸, implicando el mantenimiento del colegio⁷⁴⁹, amistades y ocio del menor⁷⁵⁰, del médico, de las actividades extraescolares... y evitando o, al menos, disminuyendo, el riesgo de lo que ha venido denominándose “niños maleta”⁷⁵¹.

Es obvio, que la cercanía de domicilios de los progenitores ayuda a no desestabilizar los hábitos del menor y sus puntos de referencia más inmediatos. Hasta tal punto que, últimamente, se han dictado resoluciones judiciales que han considerado como régimen más adecuado de custodia compartida aquel en que los hijos menores permanecen, en todo momento, residiendo en el domicilio familiar y son los progenitores los que se turnan en la estancia en el mismo⁷⁵². Lo que se ha llamado “casa

⁷⁴⁷ SAP Les Illes Balears, Sección 5ª, 28 Sep. 2000, rec. 589/1999 (LA LEY 173333/2000). La SAP Barcelona, Sección 18ª, 4 Oct. 2006, rec. 92/2006 (LA LEY 237230/2006) desestimo la custodia compartida al tener en cuenta que los progenitores vivían en localidades diferentes. SAP Madrid, Sección 22ª, 1 Dic. 2006, rec. 865/2006 (LA LEY 210819/2006). SSAP Barcelona, Sección 18ª, 14 Dic. 2006, rec. 405/2006 (LA LEY 247281/2006) y 17 Abr. 2007, rec. 950/2005 (LA LEY 84989/2007). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 12 Dic. 2007, rec. 558/2007 (LA LEY 288963/2007). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 13 Feb. 2014, rec. 1399/2012 (ROJ: SAP M 4628/2014). SAP Albacete, Civil, Sección 1ª, 17 Marzo 2016, rec. 563/2015 (ROJ: SAP AB 257/2016).

⁷⁴⁸ SSAP Barcelona, Sección 18ª, 31 Ene. 2008, rec. 433/2007 (LA LEY 27980/2008) y 12 Jul. 2011, rec. 661/2010 (LA LEY 174790/2011). La SAP A Coruña, Sección 5ª, 17 Abr. 2008, rec. 442/2007 (LA LEY 149616/2008) estimo que la proximidad de los domicilios del padre y de la madre, y, por lo tanto, de los lugares en que alternativamente iba a vivir la menor, favorecía la custodia compartida en cuanto que la menor no tiene que realizar ningún cambio importante en su vida cotidiana. SAP Lleida, Sección 2ª, 10 Mar. 2011, rec. 208/2010 (LA LEY 49000/2011).

⁷⁴⁹ La SAP Coruña, Civil, Sección 3ª, 17 Enero 2014, rec. 385/2013 (ROJ: SAP C 39/2014), entre otros criterios, tuvo en cuenta, para conceder la custodia compartida, que la proximidad de los domicilios paterno y materno no alteraría la vida escolar del menor.

⁷⁵⁰ SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 27 Abr. 2007, rec. 640/2006 (ROJ: SAP IB 801/2007).

⁷⁵¹ SSAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 27 Abr. 2007, rec. 640/2006 (ROJ: SAP IB 801/2007), 11 Dic. 2007, rec. 181/2007 (ROJ: SAP IB 2229/2007) y 18 Marzo 2014, rec. 571/2012 (ROJ: SAP IB 662/2014).

⁷⁵² SAP Castellón, Sección 2ª, 4 Oct. 2005, rec. 129/2005 (LA LEY 192503/2005). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 19 Jun. 2012, rec. 18/2012 (LA LEY 94251/2012). SAP Asturias, Sección 1ª, 3 Jun. 2013, rec. 494/2012 (LA LEY 86535/2013).

nido”, tendencia que ha surgido frente a la supuesta inestabilidad que provoca la alternancia de los menores en el domicilio de ambos progenitores⁷⁵³.

Como ya hemos manifestado en el capítulo 2, este modelo que se ha venido denominando “casa nido”, si bien puede funcionar en casos muy concretos, compartimos⁷⁵⁴ el criterio de que se trata de un sistema que está abocado al fracaso ya que compartir la vivienda en régimen de alternancia exige un alto nivel organizativo compartido en el ámbito de la intendencia doméstica. Exige, por otra parte, la tolerancia recíproca del desarrollo natural de las nuevas relaciones de pareja de quienes fueron pareja, y el que éstas se puedan adaptar a la vida trashumante que implica que cada semana se ha de producir la alternancia, compartiendo dormitorios, armarios, productos de limpieza, y un sin fin de elementos materiales de los que las personas suelen utilizar en su vida ordinaria.

A este respecto, como ya vimos, el Tribunal Supremo⁷⁵⁵ ha manifestado que la alternancia de los domicilios no puede ser obstáculo para el ejercicio de la custodia compartida, y que es una consecuencia inherente a este tipo de custodia, negando la figura de “los niños maleta”.

Para otros Tribunales⁷⁵⁶ la distancia entre los domicilios de ambos progenitores no es un argumento que, de por sí, sea impeditivo de un sistema compartido de guarda. Se afirma que la proximidad o lejanía de los domicilios es un factor que se ha de ponderar junto con otros muchos pero que no es determinante ni excluyente, ya que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia. Añadiéndose que, aun en los supuestos en los que los domicilios de ambos progenitores

⁷⁵³ A ambas cuestiones ya hemos hecho referencia en el capítulo 2.

⁷⁵⁴ SSAP Santa Cruz de Tenerife Civil, Sección 1ª, 21 Enero 2016, rec. 312/2015 (ROJ: SAP TF 1056/2016), 4 Feb. 2016, rec. 398/2015 (ROJ: SAP TF 1098/2016) y 26 Mayo 2016, rec. 658/2015 (ROJ: SAP TF 1483/2016). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 23 Junio 2016, rec. 194/2016 (ROJ: SAP IB 1186/2016).

⁷⁵⁵ SSTS, Civil, Sección 1ª, 11 Marzo 2010, rec. 54/2008 (ROJ: STS 963/2010), 7 Julio 2011, rec. 1221/2010 (ROJ: STS 4824/2011) y 30 Nov. 2015, rec. 183/2015 (ROJ: STS 5804/2015).

⁷⁵⁶ SSAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 7 Nov. 2013, rec. 1086/2012 (ROJ: SAP B 12487/2013) y 9 Abr. 2014, rec. 417/2012 (ROJ: SAP B 3258/2014). SSAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 24 Marzo 2015, rec. 591/2014 (ROJ: SAP Z 556/2015) y 31 Marzo 2015, rec. 383/2015 (ROJ: SAP Z 639/2015).

se encuentren alejados, pueden arbitrarse fórmulas de ejercicio conjunto de la guarda, puesto que este sistema de guarda no es sinónimo de un reparto matemático del tiempo de estancia de los hijos con los dos padres⁷⁵⁷.

Así, se ha otorgado la custodia alternada en casos en los que los domicilios de los progenitores se encontraban en poblaciones distintas pero vecinas, afirmándose que los inconvenientes prácticos derivados de la distancia entre los domicilios, resultaban “*compensados con las ventajas de que la hija esté con ambos progenitores*”⁷⁵⁸.

No han faltado resoluciones judiciales⁷⁵⁹, en las que la distancia geográfica no ha sido un obstáculo para otorgar la custodia compartida.

Recientemente, el Tribunal Supremo⁷⁶⁰ se ha pronunciado, por primera vez, sobre este punto, manifestando que la distancia geográfica entre los domicilios de los progenitores no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor.

Finalmente, entendemos íntimamente vinculado al criterio de la proximidad geográfica de los domicilios de los progenitores lo que se ha llamado “el arraigo social y familiar de los hijos”, puesto que nuestros Tribunales intentan, al optar por un régimen u otro de custodia, evitar que se produzca un cambio en el entorno social, familiar y educativo del menor⁷⁶¹, que, en general, no le beneficiaría. Normalmente,

⁷⁵⁷ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 26 Julio 2013, rec. 1379/2012 (ROJ: SAP B 7552/2013). SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 25 Nov. 2014, rec. 132/2014 (ROJ: SAP GU 488/2014).

⁷⁵⁸ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 11 Dic. 2013, rec. 803/2013 (ROJ: SAP V 5423/2013).

⁷⁵⁹ SAP Cáceres, Sección 1ª, 16 Jun. 2006, rec. 271/2006 (LA LEY 96606/2006). SAP Barcelona, Sección 18ª, 20 Feb. 2007, rec. 1002/2005 (LA LEY 1474/2007). Para la SAP Cantabria, Civil, Sección 2ª, 7 Oct. 2014, rec. 504/2013 (ROJ: SAP S 1259/2014) no es obstáculo para la concesión de la custodia compartida cuando la distancia entre los domicilios de ambos progenitores y al colegio de la menor es escasa.

⁷⁶⁰ STS, Civil, Sección 1ª, 1 Marzo 2016, rec. 611/2015 (ROJ: STS 797/2016).

⁷⁶¹ SSAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 3 Nov. 2006, rec. 248/2006 (ROJ: SAP BU 1044/2006) y 20 Oct. 2008, rec. 131/2008 (ROJ: SAP BU 537/2008). SSAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 16 Feb. 2011, rec. 302/2010 (ROJ: SAP GU 38/2011) y 16 Feb. 2011, rec. 302/2010 (ROJ: SAP GU 38/2011). SSAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 26 Abr. 2011, rec. 491/2010 (ROJ: SAP BU 396/2011) y 13 Marzo 2012, rec.

cuanto más tiempo haya vivido el menor en una zona mayor será el arraigo social y familiar del mismo.

Es un criterio que se ha tenido en cuenta en todas las legislaciones forales expresamente salvo en la legislación catalana.

4.2.3. La capacidad e idoneidad de los progenitores.

Se incluye en este factor circunstancias de índole subjetivo de los padres y, en consecuencia, constituyen previsiones de futuro sobre su actitud para procurar a sus hijos un entorno estable y adecuado así como garantizar su bienestar. Ante todo, es esencial la plena capacidad de ambos progenitores para asumir tal responsabilidad tuitiva.

Dicho criterio viene referido, también, a la idoneidad de los progenitores para el ejercicio de la guarda y custodia. Es decir, debe tomarse en consideración las habilidades parentales para atender al cuidado del menor, y procurarle todo lo necesario para garantizarle un desarrollo armónico e integral de su personalidad⁷⁶².

Se ha afirmado que la guarda y custodia compartida se aplicará siempre que ambos progenitores estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin. Así, se ha atribuido la custodia exclusiva en atención a la mejor capacidad parental de uno de los progenitores y sus mayores habilidades para el ejercicio de la misma⁷⁶³ e incluso cuando la capacidad parental de los padres es equivalente⁷⁶⁴, teniendo en cuenta lo que es mejor para el menor en el caso concreto. Sin embargo, se ha otorgado la

449/2011 (ROJ: SAP BU 318/2012). SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 25 Nov. 2014, rec. 132/2014 (ROJ: SAP GU 488/2014).

⁷⁶² SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 14 Nov. 2012, rec. 60/2012 (ROJ: SAP TF 2423/2012).

⁷⁶³ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 3 Nov. 2011, rec. 876/2011 (ROJ: SAP B 14513/2011). SAP Asturias, Civil, Sección 6ª, 5 Mayo 2014, rec. 70/2014 (ROJ: SAP O 1149/2014). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 30 Marzo 2014, rec. 163/2014 (ROJ: SAP M 19526/2014). SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 8 Julio 2015, rec. 452/2014 (ROJ: SAP CO 620/2015).

⁷⁶⁴ SAP Asturias, Civil, Sección 5ª, 19 Oct. 2015, rec. 351/2015 (ROJ: SAP O 2440/2015). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 28 Oct. 2015, rec. 157/2015 (ROJ: SAP IB 1956/2015).

custodia compartida cuando no ha resultado acreditada la absoluta falta de capacidad parental de uno de los progenitores⁷⁶⁵.

Para algunas resoluciones judiciales la mera capacidad, aptitud e idoneidad para ejercer responsablemente la guarda, no es suficiente para conceder la custodia compartida⁷⁶⁶. Consideran que, si bien, es un presupuesto imprescindible para otorgar la custodia alternada que no consten condiciones negativas en la aptitud de los progenitores que aspiren a dicho régimen, y que no hay que presumir nada en su contra, tal presupuesto no será suficiente si se percibe que tal régimen es contrario -o pudiera serlo- al interés del menor. Pues es la aptitud parental una condición ineludible, pero eso no la convierte en condición única y suficiente, lo es el *bonum filii*⁷⁶⁷.

En este sentido, se ha afirmado que la aptitud como padre no es el único criterio a ponderar para resolver el régimen de guarda más adecuado para los hijos. Pues cabe la posibilidad de que un progenitor reúna condiciones para el ejercicio de la guarda y custodia y, sin embargo, concurren otros factores que lleven al Tribunal a la convicción de que en ese concreto supuesto conviene mejor al menor la custodia individual⁷⁶⁸.

Se ha denegado la custodia compartida a pesar de que ambos progenitores cumplían criterios psicológicos adecuados para la atención, cuidado y educación de los menores, pero uno de ellos presentaba rasgos de personalidad narcisista y baja capacidad empática por lo que se manifestaba que no era capaz de ponerse en lugar de otras personas o de ser consciente de las necesidades de los demás, lo que se estimaba una cualidad importante para la atención de los hijos⁷⁶⁹. También se ha denegado la guarda compartida, pese a que ninguno de progenitores tenía características personales que cuestionaran su capacidad, por entender que no era viable, ya que uno de los padres

⁷⁶⁵ SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 22 Junio 2015, rec. 332/2014 (ROJ: SAP TF 605/2015).

⁷⁶⁶ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 30 Sept. 2014, rec. 1377/2013 (ROJ: SAP M 13306/2014).

⁷⁶⁷ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 17 Julio 2013, rec. 74/2013 (ROJ: SAP CS 733/2013).

⁷⁶⁸ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 25 Marzo 2013, rec. 60/2012 (ROJ: STSJ AR 420/2013). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 28 Mayo 2013, rec. 105/2013 (ROJ: SAP Z 1021/2013).

⁷⁶⁹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 27 Abr. 2016, rec. 1283/2015 (ROJ: SAP V 1779/2016).

no estaba en condiciones de hacer frente a las tareas de coparentalidad en custodia compartida⁷⁷⁰.

También se ha optado por la custodia exclusiva por no resultar acreditadas, en los progenitores, cualidades de coparentalidad (respeto, comunicación, responsabilidad, compromiso diario, implicación) para garantizar que una situación de guarda compartida pueda resultar beneficiosa⁷⁷¹.

Otros Tribunales, en cambio, parten de la presunción de que cualquier progenitor es capaz de asumir la paternidad⁷⁷², debiendo demostrarse la falta de capacidad y actitud de uno de los padres para atribuir la custodia monoparental.

En relación con este criterio, como ya hemos visto, la normativa foral ha ponderado:

- La aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos así como para garantizar su bienestar y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

En relación con este factor se ha denegado la custodia compartida en atención a la actitud del padre que desde la separación no facilitó cobertura económica al otro progenitor, entendiéndose que había sometido a la familia a una situación de “acoso económico” que había impedido incluso que los hijos pudieran acceder con tranquilidad al domicilio familiar⁷⁷³.

- La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar

⁷⁷⁰ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 28 Abr. 2016, rec.1515/2015 (ROJ: SAP V 1782/2016).

⁷⁷¹ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 18 Mayo 2016, rec. 608/2015 (ROJ: SAP B 4930/2016).

⁷⁷² SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 14 Feb. 2012, rec. 709/2011 (ROJ: SAP A 297/2012).

⁷⁷³ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 23 Julio 2013, rec. 32/2013 (ROJ: SAP B 7813/2013).

adecuadamente las relaciones de estos con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados.

Creemos, como ya hemos dicho, que en el régimen de guarda compartida, las aptitudes personales de los progenitores son de vital importancia; es decir, su capacidad o predisposición para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad.

Así, se ha denegado la custodia compartida en atención a la actitud de ambos progenitores, concediéndose la custodia exclusiva en favor de aquel que preservaba al menor del conflicto de los padres como del conflicto judicial, impidiendo que tuviera que posicionarse con uno u otro progenitor así como preservaba ante el menor la figura del otro progenitor. Manifestándose que esa actitud proporciona a los menores una mayor estabilidad emocional⁷⁷⁴.

Se ha considerado como una de las cualidades exigibles al progenitor al cual se va a atribuir la custodia el hecho de favorecer y vencer los obstáculos que impidan al menor disfrutar del progenitor que no lo tiene en su compañía⁷⁷⁵. Rechazándose la custodia compartida, por considerar un factor de riesgo, que lo menores perciban en el entorno de uno de los progenitores hostilidad hacia el otro progenitor⁷⁷⁶.

- La capacidad de los progenitores para seguir un modelo educativo común.

Como ya hemos reiterado, la custodia compartida requiere respeto mutuo, armonía y colaboración entre los ex cónyuges o progenitores para que puedan resolver las cuestiones relacionadas con sus hijos sin demasiados conflictos. Por ello, en dicho

⁷⁷⁴ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 23 Julio 2013, rec. 668/2012 (ROJ: SAP B 7806/2013).

⁷⁷⁵ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 24 Enero 2013, rec. 1152/2012 (ROJ: SAP V 714/2013).

⁷⁷⁶ SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 10 Sept. 2013, rec. 63/2013 (ROJ: SAP T 1136/2013). SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 18 Marzo 2016, rec. 741/2015 (ROJ: SAP A 863/2016). La SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 24 Feb. 2015, rec. 554/2014 (ROJ: SAP M 2264/2015), denegó la custodia exclusiva a favor de la madre en atención a que ésta no favorecía la relación paterno-filial, descalificando o desacreditando en presencia del niño tanto al padre como a la abuela paterna, le implicaba en el conflicto y trataba de manipularle bajo la amenaza de no volver a verla si no quiere vivir con ella.

régimen de custodia, es importante la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común, similar o compatible.

Para los Tribunales, dicha capacidad facilita que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático sino imperceptible para los menores que, de otro modo, perderían los referentes y la ya citada estabilidad. Se afirma que cambia el guardador pero no la línea educativa y formativa⁷⁷⁷.

A menudo, se observa, en la práctica forense, que los progenitores no se ponen de acuerdo en relación con ningún extremo que afecte directa e inmediatamente a sus hijos, como tampoco están de acuerdo en ninguna otra cuestión familiar. En esta situación, difícilmente se van a incorporar unas pautas educativas adecuadas, quebrándose, así, la labor que los progenitores deben siempre conservar en cuanto a ser no sólo padres, sino también educadores, rol éste que debe ser asumido de cara a sus hijos menores de edad.

Cuando las malas relaciones impiden el diálogo y la necesidad de establecer unas líneas orientativas en relación con los intereses educacionales de los hijos, serán éstos, al fin y al cabo los que resulten perjudicados, pues fácilmente los progenitores antepondrán sus propias divergencias al beneficio de aquéllos⁷⁷⁸.

Durante mucho tiempo, las Audiencias Provinciales⁷⁷⁹ para la concesión de la custodia compartida, entre otros criterios, han exigido que existan estilos educativos

⁷⁷⁷ SAP Barcelona, Sección 18ª, 12 Jul. 2011, rec. 661/2010 (LA LEY 174790/2011). SSAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 24 Feb. 2016, rec. 694/2015 (ROJ: SAP A 319/2016) y 18 Marzo 2016, rec. 687/2015 (ROJ: SAP A 1045/2016).

⁷⁷⁸ La SAP Madrid, Sección 22ª, 25 Oct. 2002, rec. 1067/1998 (LA LEY 177477/2002), destacó que la guarda compartida requiere que los ambientes y condiciones educativos proporcionadas por ambos progenitores sean compatibles. Y también 2 Mar. 2.007, rec. 968/2006 (LA LEY 37171/2007).

⁷⁷⁹ La SAP Valencia, Sección 10ª, 22 Jul. 2005, rec. 531/2005 (LA LEY 163697/2005), acordó el régimen de custodia compartida atendiendo a la similitud de los estilos educativos de los progenitores. Para la SAP Madrid, Sección 22ª, 29 Sep. 2006, rec. 497/2006 (LA LEY 133334/2006), la guarda y custodia compartida requiere en los progenitores un proyecto en común en relación a la educación y formación de los hijos y un marco de entendimiento y flexibilidad en los padres. SAP Girona, Sección 2ª, 21 May. 2008, rec. 226/2008 (LA LEY 105758/2008). SAP Barcelona, Sección 18ª, 17 Abr. 2009, rec. 484/2008 (LA LEY 164653/2009). SAP Sevilla, Civil, Sección 2ª, 15 Julio 2010, rec. 7551/2009 (ROJ: SAP SE 2568/2010). SAP Barcelona, Sección 18ª, 2 Nov. 2010, rec. 274/2009 (LA LEY 281732/2010). SAP Valencia, Sección 10ª, 18 Jul. 2011, rec. 490/2011 (LA LEY 165136/2011). SAP Sevilla, Sección 2ª, 23 Nov. 2011, rec.

similares o compatibles entre los progenitores y una comunicación y colaboración entre ellos aceptable para unificar pautas de conducta hacia los hijos. Se aconseja que exista en los progenitores un proyecto común en lo tocante a la educación y formación de los hijos⁷⁸⁰.

Se ha denegado el régimen de guarda y custodia compartida por no apreciar en los progenitores la necesaria capacidad para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad encaminado a mantener un modelo educativo común de manera que el cambio de un hogar a otro no afecte a la estabilidad de los menores⁷⁸¹. Denegándose atendiendo, entre otros criterios, a que no existía entre los progenitores un modelo educativo común⁷⁸².

Se ha otorgado la custodia compartida tomando en consideración que ambos progenitores estaban implicados en la educación de los hijos, mantenían una actitud de respeto mutuo en relación con los temas de los menores⁷⁸³.

8128/2010 (LA LEY 282838/2011). SAP Valencia, Sección 10ª, 8 Nov. 2012, rec. 862/2012 (LA LEY 209665/2012). SAP Barcelona, Sección 18ª, 16 Abr. 2013, rec. 362/2012 (LA LEY 62375/2013). SSAP Sevilla, Civil, Sección 2ª, 23 Enero 2015, rec. 3010/2014 (ROJ: SAP SE 209/2015) y 2 Dic. 2015, rec. 1932/2015 (ROJ: SAP SE 3574/2015).

⁷⁸⁰ SAP Barcelona, Sección 12ª, 26 Oct. 2006, rec. 795/2005 (LA LEY 237069/2006). SAP Navarra, Sección 2ª, 4 Jul. 2008, rec. 173/2007 (LA LEY 202378/2008). La AP Cuenca, Auto de 10 Abr. 2007, rec. 11/2007 (LA LEY 114431/2007), señaló que la guarda y custodia compartida aconseja que existan en los progenitores unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etc., y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos, así como que haya entre éstos un ambiente de flexibilidad y una comunicación fluida. SAP Madrid, Sección 24ª, 28 Oct. 2009, rec. 739/2009 (LA LEY 266417/2009).

⁷⁸¹ SAP Valencia, Sección 10ª, 7 Jun. 2005, rec. 360/2005 (LA LEY 127806/2005). SAP Navarra, Sección 2ª, 4 Jul. 2008, rec. 173/2007 (LA LEY 202378/2008). La SAP Burgos, Sección 2ª, 4 Jun. 2009, rec. 36/2009 (LA LEY 113618/2009), denegó la custodia compartida porque los padres no tienen una buena relación entre ellos y tienen estilos educativos antagónicos. SAP Pontevedra, Civil, Sección 1ª, 1 Julio 2009, rec. 790/2008 (ROJ: SAP PO 1811/2009). SAP Barcelona, Sección 18ª, 25 Mar. 2010, rec. 348/2009 (LA LEY 96790/2010). SAP Madrid, Sección 22ª, 30 Jun. 2010, rec. 579/2009 (LA LEY 146937/2010). La SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 24 Junio 2015, rec. 423/2015 (ROJ: SAP V 3626/2015), denegó la custodia compartida, dada la nula corresponsabilidad parental, la ausencia de un modelo educativo en común, y el alto nivel de conflicto.

⁷⁸² SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 31 Marzo 2014, rec. 370/2013 (ROJ: SAP M 4862/2014). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 24 Junio 2015, rec. 423/2015 (ROJ: SAP V 3626/2015).

⁷⁸³ SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 15 Mayo 2012, rec. 39/2012 (ROJ: SAP BU 536/2012).

Sin embargo, algunas resoluciones judiciales⁷⁸⁴, han manifestado que las discrepancias de los padres respecto al estilo educativo de los hijos no son motivo suficiente para excluir el régimen de custodia alternada. Exigiendo que esas discrepancias educativas entre los progenitores afectasen negativamente a los menores en su desarrollo o que les impidiesen una normal relación familiar con cada uno de los padres, pues, afirman, que esas diferencias podrían existir aun cuando el matrimonio se mantuviera o aun cuando los hijos se relacionaran con el padre a través de un régimen de visitas⁷⁸⁵.

4.2.4. Medios materiales suficientes.

Para la jurisprudencia⁷⁸⁶, se trata de un requisito que por sí solo no es determinante de la concesión de la medida de guarda y custodia alternada, pero que constituye un elemento más a tener en cuenta para ofrecer a los menores, a través de la custodia más adecuada, las mejores expectativas para el equilibrio y bienestar que su estado requiere.

La guarda y custodia compartida requiere, en ocasiones, que ambos progenitores puedan responder materialmente de la situación que se crea. Requiere de medios económicos suficientes⁷⁸⁷ para sufragar los gastos que genera este sistema de guarda en sus diversas modalidades. Piénsese en el supuesto de alternancia de los progenitores en la vivienda familiar, se hace necesario que estos puedan mantener tres viviendas.

⁷⁸⁴ SAP Tarragona, Sección 1ª, 25 Sep. 2011, rec. 275/2011 (LA LEY 222825/2011).

⁷⁸⁵ SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 7 Enero 2015, rec. 979/2013 (ROJ: SAP MA 370/2015).

⁷⁸⁶ SAP Girona, Sección 2ª, 9 Feb. 2000, rec. 494/1999 (LA LEY 34197/2000). SAP Las Palmas, Sección 4ª, 17 May. 2004, rec. 226/2004 (LA LEY 115552/2004). La SAP Barcelona, Sección 12ª, 17 May. 2011, rec. 146/2010 (LA LEY 171985/2011), hace referencia a que ambos progenitores poseen “*medios materiales para sustentar con entera dignidad al menor*”. SAP Madrid, Sección 22ª, 19 Feb. 2013, rec. 107/2012 (LA LEY 26076/2013). SAP Cuenca, Civil, Sección 1ª, 15 Julio 2015, rec. 14/2015 (ROJ: SAP CU 340/2015).

⁷⁸⁷ Se ha señalado que la custodia compartida es buena, viable y está funcionando en muchos casos y entre éstos el 95% responde a una situación en la que los cónyuges tienen ingresos parecidos (Declaraciones de J. De Miguel, Secretario de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona, a Expansión Jurídico, Martes 5 de Abril, La Ley, 2005, p. 1).

Es necesario destacar que la custodia compartida puede resultar un sistema de guarda eficaz en aquellas rupturas en las que ambos padres obtienen ingresos similares.

Ha habido resoluciones judiciales que han tenido en cuenta como un criterio negativo para la concesión de la guarda y custodia compartida en el impago de las prestaciones alimenticias para los hijos, manifestándose que “*es uno de los supuestos más graves que puede existir en el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los progenitores*”⁷⁸⁸.

4.2.5. La voluntad de los hijos y su edad.

4.2.5.1. La voluntad de los hijos.

Una de las consecuencias relevantes del principio del *favor filii* es que el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años⁷⁸⁹.

Pensamos que es muy importante, que el juzgador tenga en consideración la opinión de los menores, pues tienen sus propios deseos y sentimientos que no pueden ser dejados de lado, sino que deben ser tenidos muy en cuenta cuando lo que se busca es su propio interés. Siempre, claro está, que los hijos tengan suficiente juicio y capacidad de decisión.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. Así ha manifestado⁷⁹⁰ que “*la aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio*

⁷⁸⁸ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 20 Enero 2016, rec. 171/2015 (ROJ: SAP CS 78/2016).

⁷⁸⁹ SAP Armería, Civil, Sección 2ª, 16 Mayo 2014, rec. 264/2013 (ROJ: SAP AL 350/2014).

⁷⁹⁰ STS, Civil, Sección 1ª, 20 Oct. 2014, rec. 1229/2013 (ROJ: STS 4233/2014).

sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.” Añadiendo que para que “el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”.

También ha declarado el Alto Tribunal⁷⁹¹ que la audiencia a los menores de 12 años, no depende de lo que el Tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación. La decisión de la no admisión o la no práctica de la exploración debe ser motivada por el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución del menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juzgador que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a los menores.

En cualquier caso, hemos de decir que la audiencia o exploración de los menores constituye una diligencia a través de la cual se satisface el derecho del menor a ser oído sin que pueda equipararse este derecho al derecho de tomar la decisión. El derecho a ser oído no equivale al derecho a decidir sobre el conflicto familiar por lo que se ha recomendado no hacer recaer el peso de la decisión en el menor sino que su voluntad deber ser valorada conjuntamente con otros factores que permitan determinar que es lo más beneficioso para el mismo⁷⁹².

La audiencia a los hijos menores (exploración) no tienen consideración o naturaleza de acto de parte, sino de medio de información del Juez, de ahí su obligatoriedad si tuvieren suficiente juicio⁷⁹³, aunque el resultado de la exploración al menor no tenga un carácter vinculante para el juzgador en orden a la atribución de la

⁷⁹¹ STS, Civil, Sección 1ª, 4 Nov. 2013, rec. 2646/2012 (ROJ: STS 5185/2013).

⁷⁹² SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 29 Sept. 2015, rec. 898/2014 (ROJ: SAP B 8978/2015).

⁷⁹³ STS, Civil, Sección 1ª, 14 Mayo 1987 (ROJ: STS 3383/1987).

custodia de los hijos, sí en cambio resulta siempre útil en cuanto puede proporcionar una valiosa información al respecto⁷⁹⁴.

Los Tribunales han considerado que el deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general del interés preponderante de los hijos⁷⁹⁵.

Si bien, este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, pero no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 27 Junio 2012, rec. 720/2011 (ROJ: SAP TF 2012/2012).

⁷⁹⁵ SAP Toledo, Civil, Sección 2ª, 25 Enero 2007, rec. 158/2006 (ROJ: SAP TO 67/2007). SAP León, Civil, Sección 1ª, 22 Feb. 2008, rec. 211/2007 (ROJ: SAP LE 110/2008). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 13 Julio 2009, rec. 185/2009 (ROJ: SAP IB 906/2009). SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 7 Dic. 2010, rec. 199/2010 (ROJ: SAP VI 934/2010). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 27 Feb. 2012, rec. 1219/2011 (ROJ: SAP V 1053/2012). SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 27 Marzo 2012, rec. 11/2012 (ROJ: SAP GU 135/2012). SAP Armería, Civil, Sección 2ª, 21 Nov. 2014, rec. 413/2012 (ROJ: SAP AL 947/2013). SSAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 12 Feb. 2014, rec. 1065/2013 (ROJ: SAP V 624/2014) y 2 Julio 2014, rec. 386/2014 (ROJ: SAP V 3312/2014). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 15 Junio, rec. 570/2014 (ROJ: SAP IB 996/2015). SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 2 Marzo 2016, rec. 1217/2015 (ROJ: SAP CO 70/2016). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 16 Junio 2016, rec. 200/2016 (ROJ: SAP IB 1159/2016).

⁷⁹⁶ Para la SAP Toledo, Civil, Sección 1ª, 17 Sept. 1998, rec. 88/1998 (ROJ: SAP TO 824/1998), “*el deseo de los hijos constituye una circunstancia esencial capaz de fundamentar una eventual modificación de la medida relativa a su guarda y custodia, dada la trascendencia que dicha voluntad tiene a la hora de apreciar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, desde la perspectiva de su desarrollo afectivo y protección integral (art. 39 C.E.), siempre que, naturalmente, ese deseo responda a una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeros, que no se acomodan al verdadero interés legalmente tutelado, y que exprese una voluntad razonable y razonada en base a unas causas objetivas que sean susceptibles de valoración judicial con el auxilio, en su caso, de especialistas*”. SAP Asturias, Sección 4ª, 15 Jun. 2000, rec. 456/1999 (LA LEY 123454/2000). SAP Toledo, Sección 1ª, 20 Feb. 2002, rec. 6/2002 (LA LEY 39826/2002). Para la SAP Córdoba, Sección 2ª, 26 Mar. 2004, rec. 83/2004 (LA LEY 308/2005), el deseo de la hija de convivir con el padre no implica que esto sea también lo más beneficioso para la menor. SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 14 Abr. 2011, rec. 881/2010 (ROJ: SAP V 1736/2011). SSAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 21 Marzo 2012, rec. 107/2012 (ROJ: SAP SA 167/2012) y 19 Feb. 2013, rec. 684/2012 (ROJ: SAP SA 125/2013). SAP Zamora, Civil, Sección 1ª, 19 Marzo 2014, rec. 294/2013 (ROJ: SAP ZA 75/2014). SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 20 Enero 2015, rec. 331/2014 (ROJ: SAP SA 19/2015). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 26 Junio 2015, rec. 794/2014 (ROJ: SAP MA 2583/2015). Para la SAP

Por ello, se ha manifestado que los Tribunales deben “*tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente aquello que le conviene, ni tiene porqué coincidir lo adecuado con su opinión*”⁷⁹⁷.

Así el deseo o voluntad de los hijos constituye una circunstancia esencial, que ha sido valorada jurisprudencialmente tanto para conceder⁷⁹⁸ la custodia compartida como para excluirla⁷⁹⁹, siempre que ese deseo responda a “*una voluntad autónoma, firme y*

Baleares, Civil, Sección 4ª, 10 Mayo 2016, rec. 438/2015 (ROJ: SAP IB 752/2016) en el supuesto de autos no existe ningún hecho que pueda ser valorado, junto con la voluntad manifestada por el menor, que justifique la no concesión del régimen de guarda y custodia compartida de ambos progenitores.

⁷⁹⁷ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 12 Mayo 1999, rec.577/1998 (ROJ: SAP B 4645/1999). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 30 Nov. 2000, rec. 65/2000 (ROJ: SAP V 7573/2000). SAP Cádiz, Civil, Sección 3ª, 9 Enero 2001, rec. 393/1999 (ROJ: SAP CA 28/2001). SSAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 15 Julio 2002, rec. 348/20002 (ROJ: SAP V 4303/2002) y 10 Junio 2003, rec. 351/2003 (ROJ: SAP V 3770/2003).SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 2 Marzo 2004, 3428/2003 (ROJ: SAP SS 23/2004). SAP Almería, Civil, Sección 1ª, 1 Marzo 2005, rec. 58/2005 (ROJ: SAP AL 141/2005). SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 25 Julio 2006, rec. 180/206 (ROJ: SAP GU 247/2006). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 25 Sept.2007, rec. 221/2007 (ROJ: SAP IB 1813/2007). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 15 Sept. 2008, rec. 761/2007 (ROJ: SAP TF 3032/2008). SAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 3 Junio 2009, rec. 1358/2008 (ROJ: SAP M 13588/2009). SAP Coruña, Civil, Sección 3ª, 27 Enero 2010, rec. 251/2009 (ROJ:SAP C 886/2010). SAP Zamora, Civil, Sección 1ª, 25 Abr. 2011, rec. 90/2011 (ROJ: SAP ZA 186/2011). SAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 19 Enero 2012, rec.720/2011 (ROJ: SAP M 667/2012). SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 15 Enero 2013, rec. 367/2012 (ROJ: SAP CA 163/2013). SAP La Rioja, Civil, Sección 1ª, 12 Marzo 2014, rec. 38/2014 (ROJ: SAP LO 108/2014). SAP Badajoz, Civil, Sección 3ª, 5 Marzo 2015, rec. 382/2014 (ROJ: SAP BA 202/2015). SSAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 10 Abr.2015, rec. 924/2014 (ROJ: SAP M 7688/2015) y 16 Junio 2015, rec. 754/2014 (ROJ: SAP M 8744/2015). SSAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 8 Julio 2015, rec. 515/2015 (ROJ: SAP V 3506/2015) y 4 Mayo 2016, rec. 137/2016 (ROJ: SAP V 1800/2016).). SAP La Rioja, Civil, Sección 1ª, 28 Junio 2016, rec. 21/2016 (ROJ: SAP LO 258/2016).

⁷⁹⁸ SAP Barcelona, Sección 18ª, 1 Oct. 2007, rec. 776/2006 (LA LEY 219795/2007). SAP Valencia, Sección 10ª, 1 Mar. 2007, rec. 72/2007 (LA LEY 117501/2007). SAP A Coruña, Sección 5ª, 17 Abr. 2008, rec. 442/2007 (LA LEY 149616/2008).

⁷⁹⁹ SAP Valencia, Sección 10ª, 11 Jul. 2003, rec. 434/2003 (LA LEY 122401/2003). SSAP Barcelona, Sección 12ª, 20 Nov. 2003, rec. 559/2003 (LA LEY 191133/2003), 26 Feb. 2004, rec. 787/2003 (LA LEY 49990/2004) y 7 Nov. 2012, rec. 1256/201 (LA LEY 198857/2012). SAP A Coruña, Sección 6ª, e 25 Oct. 2004, rec. 26/2004 (LA LEY 221440/2004). SSAP Madrid, Sección 24ª, 8 Feb. 2007, rec. 799/2006 (LA LEY 47382/2007) y 29 Mar. 2007, rec. 1340/2006 (LA LEY 150240/2007). SAP León, Sección 1ª, 22 Feb. 2008, rec. 211/2007 (LA LEY 40637/2008). La SAP Guipúzcoa, Sección 2ª, 5 Dic. 2007, rec. 2283/2007 (LA LEY 314829/2007), no accedió a la petición de guarda y custodia compartida, entre otras cosas por haber manifestado los dos menores su deseo de permanecer en compañía de su madre, con la que están viviendo en la actualidad y con la que se encuentran estabilizados emocional y afectivamente. SAP Guadalajara, 23 Dic. 2009, rec. 267/2009 (LA LEY 291238/2009). La SAP Madrid, Sección 22ª, 2 Dic. 2011, rec. 1132/2010 (LA LEY 261597/2011) revocó de la custodia compartida, teniendo en cuenta la voluntad del menor que verbalizo su deseo de permanecer habitualmente en compañía de su madre,

decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos, o inclinaciones pasajeros, que no se acomodan al verdadero interés legalmente tutelado, y que exprese una voluntad razonable con base en unas causas objetivas que sean susceptibles de valoración judicial ⁸⁰⁰.

En este sentido, debemos destacar, la reciente sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, de fecha 11 de octubre de 2016⁸⁰¹, en la que se ha condenado a España en un caso de custodia compartida, en el que el juez otorgó dicho régimen de custodia sin haber escuchado previamente a los menores, que contaban en ese momento con 11 y 13 años⁸⁰².

Por ejemplo, respecto de un menor de 10 años se ha afirmado, que su voluntad no debe ser considerada como circunstancia determinante para la concesión de una guarda y custodia, pero sí debe ser tenida en cuenta⁸⁰³.

frente a la tensión y tristeza que manifestó sentir cuando permanece con el padre. La SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 12 Jul. 2010, rec. 9/2010 (LA LEY 223455/2010) rechazó la custodia compartida por no concurrir petición conjunta de los padres y por respetar la voluntad de los menores. STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, 24 Jul. 2012, rec. 17/2012 (LA LEY 127281/20129).

⁸⁰⁰ SAP Cáceres, Civil, Sección 1ª, 3 Oct. 2003, rec. 195/2003 (LA LEY 154997/2003). SAP Toledo, Civil, Sección 2ª, 25 Enero 2007, rec. 158/2006 (ROJ: SAP TO 67/2007). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 23 Julio 2008, rec. 212/2008 (ROJ: SAP IB 946/2008). SAP Coruña, Civil, Sección 5ª, 23 Abr. 2009, rec. 590/2008 (ROJ: SAP C 1261/2009). SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 14 Julio 2010, rec. 118/2010 (ROJ: SAP BI 1726/2010). SAP Córdoba, Civil, Sección 2ª, 25 Abr. 2013, rec. 98/2013 (ROJ: SAP CO 344/2013). SAP Asturias, Civil, Sección 6ª, 14 Enero 2014, rec. 409/2013 (ROJ: SAP O 33/2014). SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 20 Enero 2015, rec. 331/2014 (ROJ: SAP SA 19/2015). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 26 Junio 2015, rec. 794/2014 (ROJ: SAP MA 2583/2015). SAP Toledo, Civil, Sección 2ª, 19 Mayo 2016, rec. 319/2015 (ROJ: SAP TO 500/2016). SAP Lugo, Civil, Sección 1ª, 21 Junio 2016, rec. 378/2016 (ROJ: SAP LU 426/2016). SAP Coruña, Civil, Sección 5ª, 28 Julio 2016, rec. 23/2016 (ROJ: SAP C 1969/2016).

⁸⁰¹ El TEDH ha publicado su sentencia sobre el caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España. La versión española se publicará tan pronto esté completado el proceso de traducción. (11/10/2016)

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288776153228/EstructuraOrganica.html>.
Consulta 14/10/2016.

⁸⁰² [http://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"fulltext\":\[\"AFFAIRE IGLESIAS CASARRUBIOS ET CANTALAPIEDRA IGLESIAS c. ESPAGNE\"\],\"sort\":\[\"kpdata Descending\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"JUDGMENTS\", \"DECISIONS\", \"COMMUNICATEDCASES\"\], \"itemid\":\[\"001-167113\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Consulta 14/10/2016

<http://www.elmundo.es/sociedad/2016/10/11/57fd0ffb46163fa34f8b464e.html>. Consulta 14/10/2016

⁸⁰³ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 20 Enero 2015, rec. 171/2015 (ROJ: SAP CS 78/2016).

Sin embargo, cuando los menores alcanzan la edad de los 12 años, se ha manifestado, que esa voluntad debe de valorarse como prueba relevante a los efectos del art. 92 CC⁸⁰⁴ e incluso ante la falta de informe pericial se ha considerado que la opinión de los menores debe ser tenida en cuenta⁸⁰⁵.

Resulta de especial importancia la opinión manifestada por los menores cuando se trata de adolescentes⁸⁰⁶. No obstante, en ocasiones, respecto de la voluntad de un adolescente se ha argumentado que por su edad es propicio a ceder a aquello que le resulta más cómodo, más permisivo y se adecua mejor a respetar sus deseos y el rechazo de aquello que le suponga exigencias de comportamiento o límites propios de la educación⁸⁰⁷.

Nos ha llamado la atención que alguna resolución judicial se ha inclinado por la custodia compartida, a pesar de haberse manifestado la voluntad decidida de un menor por continuar con una custodia exclusiva, sin cuestionar que la misma había sido libremente prestada y sin responder a influencias ajenas ni que buscará un ambiente más permisivo, y ello porque se argumentaba que el menor no había experimentado el régimen de convivencia compartida, régimen que se consideraba el más favorable para el desarrollo integral del menor y que solo había de ceder cuando existieran razones de peso que evidenciaran que la adopción del mismo no sería lo mejor para el menor⁸⁰⁸.

No obstante, de la jurisprudencia analizada, resulta que el criterio mayoritario ha sido el rechazo de la medida de guarda y custodia compartida en atención a la voluntad o deseo de los menores⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 22 Nov. 2012, rec. 323/2012 (ROJ: SAP BU 1208/2012). SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 16 Sept. 2014, rec. 259/2013 (ROJ: SAP MA 3584/2014).

⁸⁰⁵ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 4 Feb. 2013, rec. 1085/2012 (ROJ: SAP V 566/2013).

⁸⁰⁶ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 20 Mayo 2013, rec. 601/2012 (ROJ: SAP A 1641/2013). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 21 Enero 2014, rec. 123/2013 (ROJ: SAP M 233/2014).

⁸⁰⁷ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 3 Nov. 2014, rec. 141/2014 (ROJ: SAP A 3458/2014).

⁸⁰⁸ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 15 Dic.2014, rec 240/2014 (ROJ: SAP A 4192/2014).

⁸⁰⁹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 15 Abr. 2015, rec. 32/2015 (ROJ: SAP V 1305/2015), denegó la custodia compartida en atención a la voluntad de la menor, que tenía 13 años, la cual había manifestado su deseo inequívoco de continuar viviendo con su madre, no deseando un cambio de sistema que afectaría

4.2.5.2. *La edad de los hijos.*

Ni la doctrina ni la jurisprudencia ni los psicólogos han conseguido llegar a un acuerdo sobre cómo influye la edad en el interés de los menores al objeto de determinar el régimen de guarda y custodia más conveniente para los mismos.

Por lo que respecta a la edad de los hijos, aunque para la jurisprudencia no ha sido determinante en la elección de uno u otro modelo de guarda y custodia, si que en algunos casos la corta edad de los hijos ha servido para fundar la procedencia de una custodia compartida⁸¹⁰ y en otros casos, para excluirla⁸¹¹.

al modo como estaba organizada la convivencia familiar, la convivencia con su hermano, las relaciones con sus amigos, estando fundada la posición de la menor, sin que la Audiencia Provincial apreciara motivo para contrariar sus deseos.

⁸¹⁰ Para la SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 8 Julio 2005, rec. 415/2005 (ROJ: SAP M 8632/2005), ha manifestado que desde un ámbito estrictamente objetivo, no es causa para definir y resolver sobre la custodia la corta edad de los hijos. La SAP Sevilla, Sección 2ª, 18 Abr. 2011, rec. 7806/2010 (LA LEY 193432/2011) concedió la guarda y custodia compartida, entendiendo que dicho sistema permitía proteger mejor el superior interés de los dos hijos, ambos dependientes de terceros, uno por su retraso mental severo, y el otro por su corta edad. SAP Castellón, Sección 2ª, 25 May. 2011, rec. 139/2010 (LA LEY 148449/2011). Para la STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, 9 Abr. 2012, rec. 29/2011 (LA LEY 53059/2012) la opinión de los dos menores, manifestada libremente, evidenciaba el deseo de ambos hermanos de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituía un dato esencial que, debía ser claramente valorado a favor del establecimiento de la custodia compartida. La SAP Toledo, Sección 1ª, 25 Jun. 2013, rec. 252/2012 (LA LEY 105217/2013) ha manifestado que la corta edad de los menores les permite mejor adaptación al sistema, los cambios de rutinas y hábitos los provoca el mismo sistema de custodia compartida. Para la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 4 Nov. 2014, rec. 686/2014 (ROJ: SAP V 5130/2014), a opción de la custodia compartida es la mejor opción pese a la corta edad de los hijos.

⁸¹¹ SSAP Barcelona, Sección 12ª, de 27 Oct. 2000, rec. 165/2000 (LA LEY 194073/2000) y 30 Sep. 2004, rec. 458/2004 (LA LEY 203457/2004). SSAP Barcelona, Sección 18ª, de 25 Ene. 2002, rec. 1244/2000 (LA LEY 20162/2002) y 16 Jul. 2009, rec. 712/2008 (LA LEY 180346/2009). SSAP Asturias, Sección 7ª, 7 Nov. 2003, rec. 577/2003 (LA LEY 180667/2003) y 17 Dic. 2010, rec. 443/2010 (LA LEY 257064/2010). SAP Valladolid, Sección 3ª, 28 Abr. 2004, rec. 98/2004 (LA LEY 99560/2004). SAP Sevilla, Sección 2ª, 23 Jun. 2006, rec. 1747/2006 (LA LEY 191497/2006). SAP Pontevedra, Sección 3ª, de 17 Ene. 2007, rec. 257/2006 (LA LEY 1943/2007). Para la SAP Cáceres, Sección 1ª, 11 Abr. 2007, rec. 145/2007 (LA LEY 104051/2007) no resulto acreditado que la custodia compartida de la hija fuera la medida más idónea para proteger adecuadamente su interés y bienestar, dada su corta edad, la convivencia con la madre y su entorno desde el nacimiento. SAP Burgos, Sección 2ª, 20 Feb. 2009, rec. 351/2008 (LA LEY 41766/2009). La SAP Valencia, Sección 10ª, 4 Oct. 2010, rec. 470/2010 (LA LEY 248037/2010) acordó mantener la atribución de la custodia de las menores a la madre, atendiendo a su mayor dedicación y corta edad de las hijas. SAP Zaragoza, Sección 2ª, 14 Feb. 2012, rec. 629/2011 (LA LEY 15223/2012). SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 8 Oct. 2014, rec. 396/2014 (ROJ: SAP A 3299/2014). SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 28 Oct. 2014, rec. 359/2013 (ROJ: SAP B 11384/2014). SAP Lérida, Civil, Sección 2ª, 28 Sept. 2015, rec. 436/2015 (ROJ: SAP L 771/2015).). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 3 Marzo 2016, rec. 271/2015 (ROJ: SAP B 2553/2016).

Se ha manifestado por algunos Tribunales⁸¹² que es criterio usual cuando se trata de menores de corta edad, que la guarda y custodia de los mismos se atribuya a la madre, pero que la corta edad de los hijos no es suficiente, *per se*, para efectuar la atribución de la custodia a la madre, pues deben de valorarse otras circunstancias, y es el conjunto de todo ello lo que debe alumbrar el criterio de atribución como forma de concretar en cada caso el principio rector del interés superior del menor.

No obstante lo anterior, tradicionalmente, nuestra doctrina jurisprudencial⁸¹³ ha entendido que la corta edad de los hijos desaconsejaba la custodia compartida, decantándose por la guarda y custodia a la madre siempre que no se acreditará la existencia de otras circunstancias en la actuación o conducta de ésta que pudieran perjudicar el desarrollo físico, moral e intelectual de los hijos. En este sentido alegaban que los hijos de corta edad tenían una mayor vinculación con la madre dada la trascendencia de los primeros años en la personalidad de los niños, y que por ley natural se desarrollaba en su primera etapa por medio de una relación madre e hijos. Además se destacaba que durante la infancia, los menores necesitaban la máxima estabilidad posible, pudiendo la custodia compartida producir alteraciones que afectaran a su vida normal.

Al respecto se ha manifestado⁸¹⁴, y estamos de acuerdo, que una de las principales necesidades de los menores de corta edad, es la estabilidad en sus

⁸¹² SSAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 28 Abr. 2014, rec. 385/2014 (ROJ: SAP CO 406/2014 - ECLI: ES:APCO: 2014:406), 16 Mayo 2016, rec. 1255/2015 (ROJ: SAP CO 405/2016) y 8 Junio 2016, rec. 78/2016 (ROJ: SAP CO 464/2016).

⁸¹³ La SAP Valencia, Sección 8ª, 1 Mar. 1999 (LA LEY 38965/1999), destacó que la corta edad de los hijos hacía desaconsejable la guarda compartida por los negativos efectos que en ellos puedan generar. En el mismo sentido la SAP Cuenca, 19 Nov. 1999, rec. 76/1999 (LA LEY 166414/1999) manifestó que la guarda y custodia compartida resulta desaconsejable con referencia a niños de muy poca edad que, en tal supuesto, perderían la inmediata referencia de un hogar o de una casa propia en donde desarrollar sus actividades vitales. La SAP Badajoz, Sección 3ª, 31 Dic. 2002, rec. 541/2002 (LA LEY 218823/2002), señaló que la custodia compartida no suponía beneficios para los menores de corta edad, sino que por el contrario podía producir alteraciones que afectarían a su vida normal. En el mismo sentido se pronunció la SAP Sevilla, Sección 2ª, 21 Jul. 2010, rec. 123/2010 (LA LEY 270149/2010) al manifestar que no era aconsejable fijar la guarda y custodia compartida, atendiendo a la corta edad del menor y la conflictividad entre los progenitores. SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 13 Marzo 2012, rec. 449/2011 (ROJ: SAP BU 318/2012). SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 27 Sept. 2012, rec. 39/2012 (ROJ: SAP T 1598/2012).

⁸¹⁴ La SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 1 Marzo 2007, rec. 99/2007 (ROJ: SAP MA 507/2007) manifestó que la psicología moderna ha insistido en que lo importante para lograr la estabilidad psíquica de los niños, desde su más tierna infancia, es el contar con referentes fijos que identifiquen como suyos con

condiciones y hábitos cotidianos de vida que garantice su bienestar, requiriendo de un cuidador primario que les proporcione seguridad en el mantenimiento de dichas condiciones. Por dicho motivo, no resultan recomendables para los menores de corta edad los sistemas de custodia que implican estancias alternas. Añadiéndose que la alternancia de estancia entre los progenitores responde más a las necesidades, deseos y formas de estructuración del tiempo de los adultos que a las de los propios menores, no garantizando dichas condiciones la estabilidad en la vida cotidiana de los menores de esta edad; pudiendo, incluso, interferir en su adaptación a su situación familiar, provocándoles malestar y sufrimiento.

Esta postura ha sido llamada por algún sector la “doctrina de los primeros años” o “tierna infancia” que se basa principalmente en la lactancia y en la teoría del progenitor natural, que dan preferencia al niño en sus primeros meses de vida⁸¹⁵.

Como ya hemos dicho, los partidarios de esta postura, encuentran su apoyo legal en el principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, donde se establece expresamente que, salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

Así, el Comité de los Derechos del Niño, concretamente en la Observación General nº 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia⁸¹⁶ propone que una definición adecuada de la primera infancia sería el período comprendido desde el nacimiento hasta los 8 años de edad.

facilidad, lo que no se daría con ese trasiego permanente de idas y venidas de padre y/o madre en la vivienda. SAP Cáceres, Civil, Sección 1ª, 10 Feb. 2012, rec. 658/2011 (ROJ: SAP CC 163/2012). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 22 Enero 2013, rec. 593/2012 (ROJ: SAP Z 25/2013).

⁸¹⁵ Cfr. AGUILAR CUENCA, J.M. *Con mamá y papá*. Edit. Almuzara 2006, pp.91-95. ZANÓN MASDEU, L. *Guarda y custodia de los hijos*. Edit. Bosch. Barcelona, 1996, ha afirmado que “*si bien el interés o beneficio de los hijos puede perfectamente no estar relacionado con la edad, lo cierto es que los hijos de corta edad tienen una mayor vinculación con la madre dada la trascendencia de los primeros años en la personalidad de los niños, y que por ley natural se desarrolla en su primera etapa por medio de una relación madre e hijos*”, p.46

⁸¹⁶ CRC/C/GC/7 14/11/2005.
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf?view=1>. Consulta 1/10/2016.

Esta doctrina, aunque es cuestionada por algunos, ha orientado y sigue haciéndolo el fallo de muchos Tribunales⁸¹⁷, porque consideran que la presencia constante de la madre, en los niños de corta edad, es muy beneficiosa para que los menores adquieran y desarrollen sus capacidades afectivas. Añadiendo que su falta de autonomía les hace especialmente vulnerables, por ello el cambio de la persona a la que el niño identifica como aquella que se ocupa normalmente de él, y a la que está acostumbrado a dirigirse puede resultar perjudicial para el mismo.

Sin embargo, consideran que la situación cambia cuando el niño ya puede tomar sus propias decisiones porque es cuando puede darse cuenta de lo que le aporta la presencia de cada uno de sus padres. Recomiendan, la guarda y custodia compartida cuando los menores tienen edad suficiente, sin indicar cuál es esta, para que no pierdan la relación que están acostumbrados a mantener con cada uno de sus progenitores.

No obstante, cuando los menores se encuentran en periodo de lactancia materna, aunque ha habido excepciones⁸¹⁸, la mayoría de las resoluciones judiciales⁸¹⁹ optan por

⁸¹⁷ SSAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 27 Oct. 2014, rec. 304/2013 (ROJ: SAP BU 865/2014) y 11 Nov. 2015, rec. 231/2015 (ROJ: SAP BU 790/2015). SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 28 Marzo 2016, rec. 385/2015 (ROJ: SAP GC 513/2016).

⁸¹⁸ SAP Lérida, Civil, Sección 2ª, 29 Mayo 2015, rec. 195/2015 (ROJ: SAP L 433/2015). Para la SAP Asturias, Civil, Sección 6ª, 4 Dic. 2015, rec. 461/2015 (ROJ: SAP O 3016/2015) la lactancia materna no debería ser un impedimento a la relación paterno-filial “*desde el momento que lo natural es que el menor siga una rutina horaria a la que podrán y habrán de acomodarse ambos progenitores*”, entiende dicha sentencia que con dicho argumento lo que se pretende es “*apartar al hijo de su padre, obviando la oportunidad que sin duda existirán entre tomas, cuanto más que si en verdad la lactancia fuera incompatible con el contacto personal entre padre e hijo, habría que significar que el beneficio que le reporta aquella no compensa el perjuicio inherente a la pérdida del otro progenitor*”.

⁸¹⁹ SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 10 Abr.2013, rec. 719/2012 (ROJ: SAP A 1558/2013). La SAP Ciudad Real, Civil, Sección 2ª, 9 Sept. 2014, rec. 404/2013 (ROJ: SAP CR 848/2014) denegó la custodia compartida en atención a la corta edad de la menor y “*su dependencia alimenticia de su progenitora al estar disfrutando de lactancia materna, con los beneficios alimenticios, de salud y de desarrollo afectivo que ello genera, ello es causa más que suficiente para no considerar procedente el establecimiento de dicho régimen de custodia*” ya que entendió que el favor filii “*se vería claramente mermado al privársele o condicionarse severamente la lactancia materna con la instauración de la custodia compartida, pues una cosa es que alguna toma de tal lactancia sea administrada por una tercera persona del entorno materno mediante biberón en los supuestos en que la madre por motivos laborales no pueda hacerlo, y otra bien distinta que tal sistema subsidiario se pretenda sea el único y habitual para mantener dicha lactancia materna en los dilatados periodos que la custodia compartida otorgase al progenitor apelante la guardia de su hija, lo que resulta claramente inviable, máxime cuando de acordarse así se perdería el contacto físico principal de la madre con su hija que la lactancia materna implica en su acepción prístina (la biología no puede ser suplantada)*”. Para la SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 18 Feb. 2015, rec. 426/2014 (ROJ: SAP IB 260/2015) es notorio que la lactancia materna es beneficiosa para los recién nacidos (incluso combinándola con otros alimentos), entendiéndose conveniente fijar como fecha

atribuir la custodia a la madre pues se considera que la guarda compartida es incompatible con tal circunstancia, el problema estriba en determinar el fin de la lactancia materna, manifestándose que *“no existe un consenso sobre cuál es la duración normal de la lactancia materna parece convenirse que la OMS y la UNICEF recomiendan como imprescindible un período durante los 6 primeros meses de vida del recién nacido , a partir de lo cual el mantenimiento de lactancia durante un año, dos años, etc., son referentes entendidos en una clave y contexto de índole cultural”*⁸²⁰.

En este mismo sentido parece pronunciarse la Ley valenciana 5/2011, que con referencia a la edad de los hijos, hace un inciso para señalar que *“en los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”*.

Los críticos⁸²¹ con dicha postura han manifestado que el legislador no condiciona la edad de los hijos para establecer un determinado régimen de custodia y que la corta edad de los hijos no puede ser un obstáculo para otorgar la custodia compartida.

Afirman que la corta edad de los menores no es relevante, a estos efectos, especialmente cuando tanto el padre como la madre tienen una plena idoneidad para su

para el cambio de guarda y custodia aquélla en que la lactancia materna termine. Si bien fija un límite temporal, al objeto de evitar nuevos conflictos, en los dos años. SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 24 Feb. 2015, rec. 672/2014 (ROJ: SAP A 386/2015). SAP Lugo, Civil, Sección 1ª, 10 Feb. 2016, rec. 3/2016 (ROJ: SAP LU 6/2016). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 29 Abril 2016, rec. 832/2015 (ROJ: SAP M 5920/2016).

⁸²⁰ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 30 Marzo 2015, rec. 1393/2014 (ROJ: SAP M 7623/2015). La SAP Valladolid, Civil, Sección 1ª, 28 Feb. 2013, rec. 510/2012 (ROJ: SAP VA 280/2013) argumentaba que *“la lactancia es beneficiosa para todos los niños, nadie lo discute, estamos completamente de acuerdo con las recomendaciones de la OMS y UNIFEC en este sentido, la leche materna incrementa las defensas del niño y protege de enfermedades. Estos organismos fijan en seis meses la edad en que el niño debería tomar leche materna, a partir de los dos años lo dejan a la libre disposición de la madre y del menor. No vamos a ser nosotros quienes fijemos la edad más conveniente para que el niño deje de tomar leche materna, lo que decimos es que, sea cual sea, la leche materna a partir de los seis meses es un complemento de la alimentación, no puede suponer el alimento básico.”*

⁸²¹ SAP Gerona, Civil, Sección 1ª, 23 Oct. 2014, rec. 24/2014 (ROJ: SAP GI 1013/2014). SAP Cáceres, Civil, Sección 1ª, 27 Enero 2016, rec. 600/2015 (ROJ: SAP CC 36/2016). SAP Pontevedra, Civil, Sección 1ª, 30 Junio 2016, rec. 80/2016 (ROJ: SAP PO 1404/2016).

cuidado. La edad de los menores no puede convertirse en un impedimento para que un padre no pueda ejercer debidamente sus funciones parentales. Añadiendo que impedir que un padre pueda ejercer sus funciones parentales respecto de un niño de corta edad es contrario al principio de igualdad que consagra la Constitución y que también es contrario a los derechos de los niños a relacionarse adecuadamente con sus progenitores. Concluyendo que, por tanto, se debe partir del criterio de que tanto el padre como la madre tienen capacidad para cuidar a sus hijos, incluso los de muy corta edad.

Siguiendo este criterio, algunos Tribunales⁸²², a pesar de la corta edad de los menores han otorgado la custodia alternada ponderando la concurrencia de otros factores como capacidad y aptitud igual de los padres para poder afrontarla con éxito, en atención a su misma vinculación con los hijos y a su predisposición de hacerse cargo de los mismos así como a la proximidad de domicilios.

Últimamente, algunas resoluciones judiciales, en aplicación de la legislación foral, parten de la premisa de que el régimen idóneo para los menores, incluso desde la más tierna edad con las peculiaridades de los lactantes, es el de custodia compartida⁸²³.

4.2.5.3. El principio de no separación de los hermanos.

Este principio se ha tenido en cuenta por los Tribunales sin duda por la importancia que para el desarrollo afectivo e integral de los menores supone la convivencia con hermanos en caso de ruptura de los progenitores. Y ha sido acogido expresamente por el legislador foral, el cual se ha pronunciado a favor de que no se adopten soluciones que supongan la separación de los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen específicamente.

El citado principio pretende mantener y favorecer la vinculación entre los hermanos. Sin embargo, se ha afirmado por los Tribunales⁸²⁴ que el principio de no

⁸²² SAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 24 Oct. 2011, rec. 444/2011 (ROJ: SAP C 2965/2011).

⁸²³ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 17 Abr. 2015, rec. 731/2014 (ROJ: SAP A 811/2015).

separar a los hermanos, considerado primordial por el legislador (art. 92.5 CC), no es un mandato absoluto e imperativo, ni una prescripción ineludible, sino una recomendación (“*se procurará*”) que quedará condicionada a las concretas circunstancias del caso.

Es cierto, que el legislador nacional y el autonómico no configuran el principio de no separación de los hermanos como una obligación a ultranza, sino como algo deseable o conveniente. Con ello queremos decir que se admiten situaciones en que la separación puede producirse, obviamente siempre y cuando lo aconseje el superior interés de los menores.

Se ha mantenido, por algunos Tribunales, que dicho principio debe ceder en supuestos concretos en que concurren circunstancias especiales que impongan dar prioridad al supremo interés del menor, que debe prevalecer por encima, incluso, del interés del padre, de la madre y de los hermanos⁸²⁵. En tales casos, se ha afirmado que el meritado principio puede suplirse parcialmente a través de medios de comunicación y la voluntad de los padres, pues el mismo no es de cumplimiento absoluto sino que está condicionado a la realidad propia de cada de familia⁸²⁶.

Otras resoluciones judiciales han mantenido que el principio inspirador del Código Civil en materia de guarda de menores es la satisfacción primordial de su propio

⁸²⁴ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 19 Junio 2007, rec. 3097/2007 (ROJ: SAP SS 513/2007). SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 26 Junio 2007, rec. 314/2007 (ROJ: SAP CA 1139/2007). SAP Murcia, Civil, Sección 5ª, 23 Enero 2013, rec. 515/2012 (ROJ: SAP MU 201/2013). SAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 25 Feb. 2016, rec. 864/2015 (ROJ: SAP MU 550/2016). SAP Asturias, Civil, Sección 4ª, 11 Mayo 2016, rec. 172/2016 (ROJ: SAP O 1416/2016).

⁸²⁵ SAP Asturias, Civil, Sección 1ª, 19 Mayo 2010, rec. 554/2009 (ROJ: SAP O 1083/2010). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 7 Junio 2010, rec. 777/2009 (ROJ: SAP TF 286/2010). SSAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 14 Dic. 2011, rec. 618/2011 (ROJ: SAP M 19242/2011) y Sección 22ª, 15 Oct. 2012, rec. 131/2012 (ROJ: SAP M 17696/2012). SAP Cantabria, Civil, Sección 2ª, 16 Oct. 2013, rec. 730/2012 (ROJ: SAP S 719/2013). Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 22 Mayo 2015, rec. 383/2015 (ROJ: SAP B 6298/2015), se establece como regla general la no separación de los hermanos, salvo causa justificada. Por tanto se puede excepcionar la regla general si, de la valoración de los hechos concurrentes, se concluye que existen razones fundadas que lo justifiquen en interés de los hijos.

⁸²⁶ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 7 Oct. 2015, rec. 18/2014 (ROJ: SAP B 9716/2015).

interés, y en la medida en que sea compatible con este principio, la no separación de los hermanos⁸²⁷.

No obstante, se ha rechazado el régimen de guarda y custodia compartida en atención al principio de no separación de los hermanos⁸²⁸. Afirmando que es “*casi una obviedad tener en cuenta que lo procedente es la no separación de los hermanos en cualquier régimen que haya de adoptarse, y con mayor razón en el compartido*”⁸²⁹.

Incluso en el caso de hermanos de distintos progenitores se ha respetado dicho principio⁸³⁰. Así se da denegado la custodia compartida porque dicho régimen supondría una quiebra de la estabilidad familiar de la menor, como consecuencia de tener que dejar de convivir con su hermana a la que le unía una gran vinculación afectiva y con la que compartía un entorno lúdico de gran importancia para su desarrollo emocional; sin que el hecho de que se trate de medio hermanas (hijas de distinto padre), en nada influya en dicha vinculación afectiva⁸³¹.

Finalmente, debemos decir que ha habido resoluciones judiciales que han separado a los hermanos en atención a la edad de los mismos y su voluntad⁸³²,

⁸²⁷ SAP Las Palmas, Civil, Sección 3ª, 18 Abr. 2012, rec. 1160/2011 (ROJ: SAP GC 2006/2012).

⁸²⁸ SAP Asturias, Civil, Sección 1ª, 26 Junio 2008, rec. 486/2007 (ROJ: SAP O 1005/2008). SAP Coruña, Civil, Sección 3ª, 10 Julio 2009, rec. 734/2008 (ROJ: SAP C 2041/2009). SAP Ávila, Civil, Sección 1ª, 26 Julio 2011, rec. 200/2011 (ROJ: SAP AV 206/2011). SAP Valladolid, Civil, Sección 1ª, 18 Enero 2013, rec. 404/2012 (ROJ: SAP VA 18/2013). SAP Lugo, Civil, Sección 1ª, 2 Abr. 2014, rec. 629/2013 (ROJ: SAP LU 269/2014).

⁸²⁹ SAP Asturias, Civil, Sección 5ª, 30 Oct. 2012, rec. 399/2012 (ROJ: SAP O 2560/2012).

⁸³⁰ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 10 Julio 2014, rec. 158/2013 (ROJ: SAP B 9394/2014). SAP Navarra, Civil, Sección 3ª, 17 Nov. 2014, rec. 232/2014 (ROJ: SAP NA 1195/2014).

⁸³¹ SSAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 7 Feb. 2013, rec.34/2012 (ROJ: SAP A 499/2013), 16 Mayo 2013, rec. 80/2013 (ROJ: SAP A 1992/2013).

⁸³² SAP Coruña, Civil, Sección 5ª, 18 Junio 2008, rec. 158/2008 (ROJ: SAP C 2682/2008). SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 17 Sept. 2009, rec. 162/2009 (ROJ: SAP GU 369/2009). SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 19 enero 2012, rec. 456/2010 (ROJ: SAP BU 58/2012). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 13 Julio 2012, rec. 191/2012 (ROJ: SAP Z 1778/2012). SAP Asturias, Civil, Sección 5ª, 27 Nov. 2012, rec. 481/2012 (ROJ: SAP O 3279/2012). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 17 Abr. 2013, rec. 420/2012 (ROJ: SAP TF 167/2013). SAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 3 Junio 2013, rec. 1239/2012 (ROJ: SAP M 9505/2013). SAP Huelva, Civil, Sección 2ª, 16 Sept. 2014, rec. 313/2014 (ROJ: SAP H 961/2014). Para la SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 24 Nov. 2014, rec. 998/2014 (ROJ: SAP CO 975/2014), los términos en los que está redactado el art.92 pone de manifiesto que esta norma es una recomendación y no un imperativo, y por ello se admiten situaciones que justifican el reparto de la guarda

considerando que la conveniencia de no separar a los hermanos no puede erigirse en factor fundamental para asignar la custodia⁸³³.

4.2.6. Los informes exigidos legalmente.

4.2.6.1. *El informe del Ministerio Fiscal.*

Nos referimos al “informe favorable del Ministerio Fiscal”, que exigía en el art. 92.8 CC, para que pudiera establecerse el régimen de guarda y custodia compartida.

Fuera de los casos contemplados en el art. 92.5 del Código Civil, en que existe consenso entre los progenitores en el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida y cuando tan sólo uno de los progenitores solicita la guarda y custodia compartida, la jurisprudencia ha exigido el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juzgador pueda entrar a examinar si sólo con el régimen de custodia compartida propuesto por uno de los progenitores se protege adecuadamente el interés superior del menor, que es lo que la ley exige para que pueda adoptarse dicha propuesta unilateral de uno de los progenitores⁸³⁴.

Son muchas las resoluciones judiciales que durante mucho tiempo denegaron la custodia compartida por carecer del preceptivo informe favorable del Ministerio Fiscal, en cuanto que entendían que no concurrían las condiciones legales necesarias⁸³⁵.

y custodia entre ambos progenitores. En este caso se otorga la custodia compartida de uno de los hermanos mientras que el hermano mayor se había marchado voluntariamente a vivir con su padre. SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 6 Nov. 2015, rec. 1022/2014 (ROJ: SAP B 10925/2015).

⁸³³ STS, Civil, Sección 1ª, 25 Sept. 2015, rec. 1537/2014 (ROJ: STS 3890/2015).

⁸³⁴ La SAP Castellón, Sección 2ª, 11 Jul. 2007, rec. 29/2007 LA LEY 155155/2007 denegó la custodia compartida solicitada por falta del informe favorable del Ministerio Fiscal.

⁸³⁵ SAP Ciudad Real, Civil, Sección 2ª, 20 Abr. 2007, rec. 53/2007 (ROJ: SAP CR 431/2007). SAP Castellón, Sección 2ª, 11 Jul. 2007, rec. 29/2007 (LA LEY 155155/2007). En este sentido la SAP Barcelona, Sección 12ª, 21 Abr. 2008, rec. 1138/2007 (LA LEY 56026/2008), destacó la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal, para que el juez, a instancia de una de las partes, pueda acordar la guarda y custodia compartida. SAP Barcelona, Sección 12ª, 10 Sep. 2008, rec. 1279/2007 (LA LEY 219586/2008). SAP Burgos, Sección 2ª, 4 Nov. 2008, rec. 108/2008 (LA LEY 257954/2008). La SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 16 Mar. 2009, rec. 633/2008 (LA LEY 116395/2009) declaró la nulidad de la sentencia que decretó la custodia compartida sobre el hijo común sin existir acuerdo de los cónyuges al respecto ni informe favorable del Ministerio Fiscal. Afirmando que de la lectura del artículo 92.8 CC se deducía que la presencia de ese informe positivo era imperativa, siendo el mismo esencial

Sin embargo, se manifestó por los operadores jurídicos que tal requisito “no impedirá que el juez, a pesar del informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida, cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez”⁸³⁶.

En el mismo sentido se pronunció la jurisprudencia menor⁸³⁷ y la doctrina⁸³⁸ hasta que finalmente el Tribunal Constitucional⁸³⁹ en sentencia de 17 de octubre de 2012, resolvió que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el

para la garantía de una óptima protección de los intereses del menor. SAP A Coruña, Sección 5ª, 30 Sep. 2009, rec. 309/2009 (LA LEY 324219/2009). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 3 Junio 2010, rec. 676/2006 (ROJ: SAP TF 617/2010). SAP Alicante, Sección 6ª, 8 Nov. 2010, rec. 53/2010 (LA LEY 272306/2010). SAP Madrid, Sección 24ª, 29 Abr. 2010, rec. 1308/2009 (LA LEY 242513/2010). La SAP Cádiz, Sección 5ª, 2 Dic. 2010, rec. 479/2010 (LA LEY 294470/2010) denegó la custodia compartida por el incumplimiento de los presupuestos legales para su establecimiento, concretamente por falta de consenso en la adopción de la medida por parte de ambos progenitores y por la ausencia del imprescindible informe favorable del Ministerio Fiscal. SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 1 Junio 2012, rec. 551/2011 (ROJ: SAP IB 1206/2012).

⁸³⁶ En “Conclusiones sobre “Las reformas del Derecho de Familia”. II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia”, Sepin, Derecho de Familia, N° 50, Enero 2006, p. 26 y ss.

⁸³⁷ SAP Madrid, Sección 22ª, 25 Abr. 2008, rec. 307/2007 (LA LEY 60368/2008). SAP Barcelona, Sección 18ª, 29 Dic. 2009, rec. 1051/2008 (LA LEY 318867/2009). Para el Juzgado de Primera Instancia N°. 8 de Gijón, Auto de 22 Jun. 2010, rec. 512/2010 (LA LEY 109976/2010), respecto de la necesidad del Informe Favorable del Ministerio Fiscal manifestó, en primer lugar, que esa necesidad debe ser entendida e interpretada, desde el prisma del interés superior del menor y en consecuencia se debe entender que hay informe favorable siempre que el MF no informe de forma motivada su negativa expresa a la guarda y custodia compartida; y en segundo lugar, que el art. 92, debe completarse con el art. 91 del CC y que en consecuencia el juez está obligado a adoptar las medidas que mejor protejan los intereses de los hijos menores de edad. Para la SAP Barcelona, Sección 18ª, 2 Jun. 2011, rec. 596/2010 (LA LEY 130671/2011), el informe favorable del Ministerio Fiscal no es preceptivo ni vinculante a los efectos de acordarse la guarda y custodia compartida.

⁸³⁸ HERNANDO RAMOS, S. “El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, en Diario La Ley nº 7206, Sección Tribuna 29, junio, 2009. Edit. La Ley (LEY 12953/2009). CASTILLEJO MANZANARES, R. *op. cit.* pp. 363 y 364.

⁸³⁹ STC nº 185/2012, 17 Oct. 2012, rec. 8912/2006 (LA LEY 153054/2012). Considera el TC que este requisito constituye un “poder de veto” o “dictamen obstativo” a favor del Ministerio público, pues un informe desfavorable impide una decisión diversa del Juez, lo que limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial. Añadiendo que la denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE.

marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.

El requisito de que concurra el “informe favorable del Ministerio Fiscal” exigido por el apartado 8º del art. 92 CC ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 185/2012 afirmando que *“el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional”*.

En este sentido el Tribunal Supremo⁸⁴⁰ ha significado que es cierto que la meritada sentencia del Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal, de forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal comprobar sin concurren los requisitos legales para aplicar el régimen de custodia compartida. De forma que ante la ausencia de acuerdo entre los progenitores, corresponde al Juez *“valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor”*.

4.2.6.2. Los informes psicológicos.

En la búsqueda del interés del menor, la autoridad judicial debe asesorarse de un informe imparcial y objetivo emitido por profesionales en la materia.

⁸⁴⁰ STS, Civil, Sección 1ª. 17 Dic. 2013, rec. 2645/2012 (ROJ: STS 5966/2013).

El legislador estatal establece en el art. 92.9 CC que antes de acordar la guarda compartida, el juez “*podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados*”. En el mismo sentido se ha pronunciado el legislador foral.

Se ha destacado⁸⁴¹ el carácter facultativo que tiene el apartado noveno del citado art. 92, incluso se ha afirmado que éste resulta innecesario cuando el menor, por su edad, tiene juicio y criterio suficiente para manifestar lo que cree más conveniente. Al mismo tiempo se ha manifestado que el dictamen del equipo psicosocial aludido en el citado artículo puede ser bastante para suplir la audiencia de los menores, sobre todo cuando éstos son pequeños, evitando de tal modo el impacto emocional que tal entrevista puede suponer⁸⁴².

La práctica de los Tribunales nos enseña que, durante tiempo, estos no solían acordar la guarda compartida si no constaba en las actuaciones la recomendación favorable de un dictamen pericial de especialistas independientes y expertos en la materia⁸⁴³ y que en ocasiones la simple solicitud de custodia compartida llevaba a los Tribunales a recabar el informe de especialista en concreto de Equipo Psicosocial⁸⁴⁴.

Algunas Audiencias Provinciales⁸⁴⁵ han destacado la especial importancia de los informes psicosociales, manifestando que en ellos, previa constatación de los hechos concurrentes y la necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta, se analiza por expertos profesionales la conveniencia o no de la adopción de las medidas guarda y custodia. Así, han acordado⁸⁴⁶ o denegado⁸⁴⁷ el régimen de guarda y

⁸⁴¹ SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 24 Feb. 2015, rec. 28/2015 (ROJ: SAP CO 83/2015).

⁸⁴² SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 7 Oct. 2014, rec. 783/2014 (ROJ: SAP CO 804/2014).

⁸⁴³ SAP Cáceres, Sección 1ª, 5 Mar. 2007, rec. 75/2007 (LA LEY 104042/2007). SAP Murcia, Sección 4ª, 10 Feb. 2009, rec. 516/2008 (LA LEY 27621/2009).

⁸⁴⁴ SAP Madrid, Sección 22ª, 4 Abr. 2006, rec. 106/2006 (LA LEY 58716/2006).

⁸⁴⁵ STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, 5 Jul. 2012, rec. 13/2012 (LA LEY 125470/2012). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 28 May. 2013, rec. 105/2013 (LA LEY 68768/2013).

⁸⁴⁶ SAP Cáceres, Sección 1ª, 16 Jun. 2006, rec. 271/2006 (LA LEY 96606/2006). SAP Sevilla, Sección 2ª, 14 Oct. 2010, rec. 7880/2009 (LA LEY 277924/2010). SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 11 Abr. 2011, rec. 668/2010 (LA LEY 78649/2011). La SAP Granada, Sección 5ª, 15 Abr. 2011, rec. 18/2011 (LA LEY 171315/2011), mantuvo la custodia compartida de la hija a favor de ambos cónyuges, puesto que informe psicosocial concluyó que la estabilidad de la menor aconseja la custodia compartida

custodia alternada atendiendo al informe emitido por el gabinete psicosocial adscrito al Juzgado, por su criterio objetivo e imparcial⁸⁴⁸.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha conferido una especial relevancia, pese a reconocer, como ya hemos apuntado, su carácter no vinculante⁸⁴⁹ para el juzgador, a los informes del Equipo Técnico Judicial. Afirmando que estos informes debe valorarlos el juzgador para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte la medida de guarda y custodia compartida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor⁸⁵⁰.

Si un Tribunal entiende que los medios probatorios aportados por las partes relativos al régimen de guarda y de relaciones personales no ofrecen suficientes elementos de juicio, puede disponer que un perito judicial elabore un informe. Estos informes pueden ser solicitados tanto en la fase declarativa como en ejecución de sentencia si fuesen necesarios ya que la norma no lo impide.

Como ya hemos indicado, la valoración de estos informes debe realizarse de conformidad a la regla de la “sana crítica” determinada en el art. 348 LEC, al ser

por su buena vinculación afectiva con los progenitores y su deseo de convivir con ambos. SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 22 Ene. 2013, rec. 198/2012 (LA LEY 38824/2013). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 16 Julio 2013, rec. 225/2013 (ROJ: SAP V 3307/2013). SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 12 Feb. 2014, rec. 535/2013 (ROJ: SAP A 217/2014). SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 26 Sept. 2014, rec. 2135/2014 (ROJ: SAP SS 704/2014). SAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 5 Feb. 2015, rec. 864/2014 (ROJ: SAP MU 264/2015).

⁸⁴⁷ SAP Girona, Sección 1ª, 2 Nov. 2004, rec. 345/2004 (LA LEY 228058/2004). SAP Valladolid, Sección 3ª, 28 Abr. 2004, rec. 98/2004 (LA LEY 99560/2004). La SAP Barcelona, Sección 18ª, 13 Mar. 2008, rec. 676/2007 (LA LEY 27964/2008), denegó la petición de custodia compartida ya que el contenido del informe psicológico aportado lo desaconsejaba por la escasa comunicación interparental y por la relación previa de los hijos con los progenitores que se calificaba de divergente. SAP Cádiz, Sección 5ª, 5 Feb. 2009, rec. 764/2008 (LA LEY 31181/2009). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 9 Julio 2013, rec. 275/2013 (ROJ: SAP V 3282/2013). SAP Madrid, Civil, Sección 24ª, 30 Dic. 2013, rec. 468/2013 (ROJ: SAP M 21057/2013). SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 21 Enero 2014, rec. 463/2013 (ROJ: SAP Z 48/2014). SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 6 Feb. 2015, rec. 535/2014 (ROJ: SAP M 1430/2015). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 9 Marzo 2016, rec. 1383/2015 (ROJ: SAP V 1617/2016).

⁸⁴⁸ SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 10 Enero 2014, rec. 1777/2012 (ROJ: SAP M 183/2014).

⁸⁴⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, 19 Abr. 2012, rec. 1089/2010 (LA LEY 56724/2012).

⁸⁵⁰ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 28 Sep. 2009, rec. 200/2006 (LA LEY 184085/2009), 11 Mar. 2010, rec. 54/2008 (LA LEY 5294/2010), 1 Oct. 2010, rec. 681/2007 (LA LEY 165754/2010) y 21 Jul. 2011, rec. 338/2009 (LA LEY 119737/2011).

equiparados a los informes periciales. Tales “reglas de la sana crítica” se han conceptualizado como un “*estándar jurídico o concepto jurídico en blanco o indeterminado*” que, como módulo valorativo, se identifica con la apreciación racional del resultado probatorio⁸⁵¹. Así, se han identificado⁸⁵² con las “*más elementales directrices de la lógica humana*”, con “*normas racionales*”, con el “*sentido común*”, con las normas de la lógica elemental o las reglas comunes de la experiencia humana, con el “*criterio lógico*” o con el “*raciocinio humano*”.

Resultando conforme con estos criterios que a la hora de valorar los dictámenes periciales se preste una atenta consideración a elementos tales como “*la cualificación profesional o técnica de los peritos; la magnitud cuantitativa, clase e importancia o dimensión cualitativa de los datos recabados y observados por el perito; operaciones realizadas y medios técnicos empleados; y, en particular, el detalle, exactitud, conexión y resolución de los argumentos que soporten la exposición, así como la solidez de las deducciones; sin que, en cambio, parezca conveniente fundar el fallo exclusivamente en la atención aislada o exclusiva de sólo alguno de estos datos*”⁸⁵³.

La jurisprudencia menor⁸⁵⁴ ha entendido que, aun partiendo del carácter no vinculante de los informes de los especialistas y de la obligación en todo caso de motivación de la decisión judicial, dichos informes proporcionan al juez “*elementos precisos y preciosos*” y cobran una especial relevancia e importancia, pues están realizados por profesionales con amplia experiencia en tal materia.

⁸⁵¹ STS, Civil, Sección 1ª, 13 Feb. 1990 (ROJ: STS 13394/1990).

⁸⁵² SSTS, Civil, Sección 1ª, 16 Feb. 2002, rec. 2714/1996 (ROJ: STS 1057/2002), 9 Marzo de 2007, rec. 2443/1999 (ROJ: STS 1433/2007).

⁸⁵³ SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 22 Dic. 2015, rec. 516/2015 (ROJ: SAP SA 637/2015).

⁸⁵⁴ SAP Madrid, Sección 24ª, 22 Feb. 2007, rec. 1232/2006 (LA LEY 37555/2007). SAP Cuenca, Civil, Sección 1ª, 4 Abr. 2014, rec. 226/2013 (ROJ: SAP CU 121/2014). SAP Vizcaya, Civil, Sección 4ª, 18 Dic. 2014, rec. 395/2014 (ROJ: SAP BI 2438/2014). SAP Alicante, Civil, Sección 4ª, 16 Enero 2015, rec. 520/2014 (ROJ: SAP A 260/2015).

Algunas resoluciones judiciales⁸⁵⁵, ante las posiciones divergentes de los progenitores respecto de la atribución de la guarda y custodia compartida, han destacado la necesidad de acudir a los informes periciales a fin de dilucidar las cuestiones controvertidas y deducir la situación de las relaciones entre los padres y los hijos.

En ocasiones, se ha denegado la custodia alternada, entre otros criterios, por no venir positivamente informada la opción propuesta por el Equipo técnico adscrito al Juzgado de origen que, por el contrario, expresamente la desaconsejaba⁸⁵⁶.

Sin embargo no siempre, el criterio del Equipo psicosocial es aceptado y secundado por el Tribunal, que no se siente vinculado por el mismo⁸⁵⁷, pero que, también es cierto, que los consideran como una prueba fundamental o “*factor probatorio idóneo*”⁸⁵⁸ a la hora de resolver cuestiones⁸⁵⁹. No obstante, como hemos dicho, el art. 92.9 CC no exige informe alguno para adoptar el régimen de custodia compartida⁸⁶⁰.

4.2.7. Supuestos de improcedencia de la medida de guarda y custodia compartida.

Tanto el Código Civil, en su art. 92.7 CC, como las normas autonómicas reguladoras de las relaciones de familia en situaciones de crisis prohíben la atribución de la custodia compartida cuando el progenitor se encuentre incurso en un proceso penal

⁸⁵⁵ SAP Barcelona, Sección 12ª, 5 Mar. 2013, rec. 1245/2011 (LA LEY 20510/2013). SAP Madrid, Sección 22ª, 4 Jun. 2013, rec. 837/2012 (LA LEY 81048/2013).

⁸⁵⁶ SSAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 11 Enero 2013, rec. 839/2012 (ROJ: SAP M 1010/2013), 15 Enero 2013, rec. 174/2012 (ROJ: SAP M 1010/2013) y 24 Feb. 2015, rec. 554/2014 (ROJ: SAP M 2264/2015).

⁸⁵⁷ SAP Barcelona, Sección 12ª, 4 May. 2005, rec. 206/2005 (LA LEY 99504/2005). SAP Madrid, Sección 22ª, 20 May. 2008, rec. 345/2008 (LA LEY 84903/2008). STS, Sala Primera, de lo Civil, 28 Sep. 2009, rec. 200/2006 (LA LEY 184085/2009). SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 20 Feb. 2014, rec. 1218/2012 (ROJ: SAP B 1473/2014). SAP Huelva, Civil, Sección 2ª, 28 Enero 2015, rec. 704/2014 (ROJ: SAP H 53/2015). SAP Álava, Civil, Sección 1ª, 17 Feb. 2015, rec. 444/2015 (ROJ: SAP VI 9/2015).

⁸⁵⁸ SAP Cáceres, Civil, Sección 1ª, 6 Mayo 2016, rec. 202/2016 (ROJ: SAP CC 276/2016).

⁸⁵⁹ SAP Les Illes Balears, Sección 4ª, 14 May. 2013, rec. 607/2012 (LA LEY 81233/2013). SAP Zaragoza, Sección 2ª, 22 Ene. 2013, rec. 593/201 (LA LEY 20425/2013)

⁸⁶⁰ SAP Granada, Civil, Sección 5ª, 23 Mayo 2014, rec. 720/2013 (ROJ: SAP GR 639/2014).

por hechos relacionados con la violencia doméstica o de género, y también, cuando el juzgador advierta, de las alegaciones de las partes o de la prueba practicada, indicios fundados de esa clase de violencia.

Las normas autonómicas especifican que no caben, en esos casos, ni la guarda conjunta ni la atribución de la custodia en exclusiva al progenitor en el que se den aquellas circunstancias, pero el legislador estatal se limita a indicar que en tales supuestos “*no procederá la guarda conjunta*”. Resulta claro, como se indica en la Circular FGE 6/2011, de 2 noviembre⁸⁶¹, “*aunque el CC haga referencia sólo a la custodia compartida, tampoco procederá otorgar la guarda y custodia individual al encausado*”.

Por su parte, el art. 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio⁸⁶², de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “*libre de violencia*” y que “*en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”.

Nuestra jurisprudencia ha declarado la improcedencia de la medida de guarda y custodia compartida en los siguientes supuestos:

1. Cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos⁸⁶³.

⁸⁶¹ Circular Fiscalía General del estado nº 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. p. 90. http://www.violenciagenero.mssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/docs/circular_6_2011.pdf. Consulta 29/09/2016

⁸⁶² Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE nº 175, 23/07/2015.

⁸⁶³ SAP Málaga, Sección 6ª, 3 Jul. 2007, rec. 306/2007 (LA LEY 358430/2007). SAP Castellón, Sección 2ª, 25 Ene. 2008, rec. 126/2007 (LA LEY 39760/2008). La SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 12 Mayo 2008, rec. 535/2007 (ROJ: SAP BU 453/2008), denegó la custodia compartida porque el progenitor había sido condenado por un delito de maltrato familiar manifestando que el interés del menor exigía que se justificara la superación absoluta del maltrato, la disponibilidad de las partes para tal medida y sobre todo el beneficio de tal medida para el menor. SAP Valencia, Sección 10ª, 22 Sep. 2009, rec. 601/2009 (LA LEY 288371/2009). SAP Madrid, Sección 24ª, 23 Abr. 2009, rec. 81/2009 (LA LEY 61567/2009). SAP

Aunque el Código civil solo exige que cualquiera de los progenitores se halle incurso en un proceso penal, como hemos visto, el legislador foral ha regulado más detalladamente esta causa de exclusión de la guarda y custodia. Así las Leyes de Valencia, Navarra y Aragón exigen que se haya dictado en el procedimiento penal una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y en Cataluña y el País Vasco se exige que haya recaído sentencia firme de condena. Además en la Ley navarra se especifica, que *“la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de éste la guarda y custodia de los hijos”*.

La Fiscalía General del Estado entiende, en la Circular FGE 6/2011, que no basta la existencia de mera denuncia y exige que en el procedimiento penal que active la aplicación del art. 92.7 CC se hayan objetivado indicios de criminalidad, lo que debe interpretarse en el mismo sentido en el que se pronuncian las normas autonómicas que exigen, por lo menos, una resolución judicial motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Por algunos Tribunales⁸⁶⁴, la instrucción de unas diligencias previas por un supuesto delito de malos tratos y la adopción de una medida de alejamiento, hace inviable la concesión del régimen de custodia compartida mientras exista un procedimiento abierto de esa clase. Sin embargo, admiten la posibilidad de que en el

Murcia, Sección 5ª, 6 Jun. 2011, rec. 457/2010 (LA LEY 102908/2011). La SAP Barcelona, Sección 12ª, 8 Junio 2011, rec. 742/2010 (ROJ: SAP B 7028/2011), no otorgó la custodia compartida por considerarla inviable en cuanto que el marido estaba imputado por actos de violencia de género que habían determinado el dictado de medidas de protección de su esposa, y en concreto la prohibición de acercamiento hasta que no recayera resolución en el procedimiento penal incoado. SAP Murcia, Sección 4ª, 25 Abr. 2013, rec. 259/2013 (LA LEY 73680/2013). La SJVM Baracaldo, Civil, Sección 1ª, 30 Junio 2013, rec. 51/2013 (ROJ: SJVM BI 18/2013) destacó que aunque ambas partes pactaran una custodia compartida respecto al menor en el domicilio conyugal, estando el padre imputado en procedimiento de violencia de género, hacía desaconsejable la existencia de una custodia compartida máxime al señalar que la misma se desarrollaría en el domicilio conjunto. SAP La Rioja, Civil, Sección 1ª, 28 Julio 2014, rec. 174/2014 (ROJ: SAP LO 409/2014). SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 29 Oct. 2014, rec. 395/2014 (ROJ: SAP IB 2165/2014). La SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 3 Feb. 2015, rec. 529/2014 (ROJ: SAP M 1420/2015) denegó la custodia compartida por haber recaído una condena penal por violencia familiar. La SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 20 Marzo 2015, rec. 759/2014 (ROJ: SAP M 3990/2015), denegó la custodia compartida por existir un procedimiento penal por infracción de violencia de género.

⁸⁶⁴ SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 20 Abr. 2016, rec. 765/2015 (ROJ: SAP CA 203/2016).

caso de que el procedimiento se sobreseyera o se dictara sentencia absolutoria, poder instar, examinadas las circunstancias en dicho momento posterior existentes, el cambio de custodia o cualquier otro distinto del establecido.

Otras Audiencias Provinciales han señalado que la condena por un delito de violencia doméstica o de género ha de tener una inevitable repercusión al concurrir el supuesto legal para la exclusión de la custodia compartida, pues se trata de *“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 les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada”*.⁸⁶⁵

2. Existencia de indicios fundados de violencia doméstica⁸⁶⁶.

Sin embargo, hay que señalar que también se han dictado resoluciones judiciales accediendo a la custodia compartida a pesar que uno de los progenitores haya estado incurso en un proceso penal por una infracción constitutiva de violencia doméstica⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 23 Mayo 2016, rec. 1375/2015 (ROJ: SAP V 1866/2016).

⁸⁶⁶ SAP Valencia, Sección 10ª, 8 Ene. 2008, rec. 1054/2007 (LA LEY 8759/2008). SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 5 Oct. 2009, rec. 197/2009 (LA LEY 293092/2009). STS, Sala Primera, de lo Civil, 7 Abr. 2011, rec. 1580/2008 (LA LEY 14425/2011). La STSJ de Cataluña, Civil, Sección 1ª, 14 Abr. 2014, rec.104/2013 (ROJ: STSJ CAT 4525/2014) no otorgó la custodia compartida en un supuesto en que el padre realizó actos de violencia psicológica sobre la madre de los que la hija de 11 meses había sido víctima indirecta. Afirmando que el juzgador de instancia había entendido que pese a que aparentemente la niña no tenía conocimiento o conciencia de dichos actos podía considerarse que el sufrimiento de la madre, por dichos actos, tenía incidencia en la menor produciendo irritabilidad, trastornos del sueño y de alimentación, así como dificultades en el establecimiento de los vínculos familiares. Añadiendo que acertadamente había afirmado que *“la consideración de los niños como víctimas indirectas de la situación de violencia de género que viven en el hogar, va más allá de la agresión física del padre sobre la madre, puesto que esta exposición a la violencia tiene impacto sobre su desarrollo y sobre las consecuencias que comporta para las relaciones futuras, si se trata de una violencia estructural”*.

⁸⁶⁷ Por ejemplo la SAP Valencia, Sección 10ª, 13 Nov. 2012, rec. 44/2012 (LA LEY 209676/2012), manifestó que no existía obstáculo para la custodia compartida por el hecho de que el demandado hubiera estado incurso en un proceso penal por una infracción constitutiva de violencia doméstica, porque constaba que la denuncia interpuesta por la actora ha sido sobreseída, y que ese auto de sobreseimiento era firme. La SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 12 Junio 2015, rec. 1002/2014 (ROJ: SAP M 8732/2015) ha manifestado que el hecho de que uno de los progenitores de halle incurso en un procedimiento de naturaleza penal puede constituir una estrategia diseñada de contrario e incluso una abusiva instrumentalización de la jurisdicción penal. Sin embargo, entendió que ello ponía de manifiesto a ausencia de unos mínimos cauces de comunicación y diálogo entre los progenitores en cuyo deteriorado marco de relaciones, resultaba sumamente difícil el desarrollo de un régimen de corresponsabilidad.

También debemos añadir, que la leyes de de Navarra, Valencia y País Vasco prevén que las medidas adoptadas acerca de la custodia de los hijos serán revisables en función de la resolución judicial que ponga fin al proceso penal sobre violencia intrafamiliar.

Como ya hemos visto, recientemente el Tribunal Supremo⁸⁶⁸ ha manifestado que *“una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos”*.

Finalmente, podemos concluir que, la valoración o ponderación de todos los criterios mencionados en este capítulo, según las circunstancias del caso, se constituye en la pieza fundamental para determinar si la guarda y custodia compartida constituye el sistema de guarda más beneficioso para el menor en el caso concreto⁸⁶⁹. Pues es la suma de todos esos criterios, como queremos demostrar, lo que configura el interés superior del menor y a los mismos se han de atender para determinar el régimen de custodia más adecuado para el hijo, sin preferencia de un régimen sobre otro.

⁸⁶⁸ STS, Civil, Sección 1ª, 4 Feb. 2016, rec. 3016/2014 (ROJ: STS 188/2016).

⁸⁶⁹ La SAP Valencia, Sección 10ª, 19 May. 2004, rec. 262/2004 (LA LEY 117638/2004) rechazó la custodia compartida por cuanto no sólo el informe sicosocial abogaba hacia la custodia de un solo progenitor, sino que la edad de la menor, la distancia kilométrica existente entre los progenitores, y las malas relaciones de éstos, hacían inviable esa custodia en beneficio de la menor. SAP Valladolid, Sección 3ª, 28 Abr. 2004, rec. 98/2004 (LA LEY 99560/2004). SAP Cádiz, Sección 5ª, 5 Feb. 2009, rec. 764/2008 (LA LEY 31181/2009). SAP Cáceres, Sección 1ª, 23 Nov. 2010, rec. 594/2010 (LA LEY 237518/2010). Sin embargo, la SAP Madrid, Sección 24ª, 22 Sep. 2010, rec. 339/2010 (LA LEY 234976/2010) concedió la custodia compartida en atención a la igual capacidad de ambos progenitores para el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda, de la voluntad de las menores (de 10 y 12 años) de mantener el contacto por igual con uno y otro progenitor, del informe favorable del Ministerio Fiscal, y del informe pericial. También la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 22 Ene. 2013, rec. 198/2012 (LA LEY 38824/2013), otorgó la custodia compartida por cuanto que el Informe psicológico avalaba ser muy adecuadas las relaciones de la menor con sus padres y la implicación de ambos. Las condiciones socio familiares de ambos progenitores eran también beneficiosas al interés superior de la menor. La prueba de exploración judicial de la menor contenía su voluntad de ampliar las visitas para estar más tiempo con su padre.

4.3.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR EN LA ADOPCIÓN DEL REGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA POR LOS TRIBUNALES.

4.3.1. Introducción.

La patria potestad, como ya hemos afirmado, es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 CE.

Como hemos visto, son muchas las doctrinas y conceptos jurídicos que se han planteado sobre la guarda y custodia compartida, pero lo cierto es que la controversia suscitada relativa a la guarda y custodia habrá de ser resuelta conforme al principio básico y fundamental que rige en esta materia que es el *favor minoris* o *favor filii*.

MALUQUER DE MOTES⁸⁷⁰ sostiene que el interés superior del menor como criterio rector de la protección del menor se materializa en el art. 39. 4 CE.

Por lo tanto, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores en las situaciones de crisis matrimoniales, ha de procurarse ante todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce el derecho-deber de los padres de relacionarse con sus hijos, de acuerdo con el mandato constitucional⁸⁷¹.

Consecuentemente, el criterio que debe presidir cualquier medida que se adopte sobre la guarda y custodia de los hijos menores, es el de la supremacía del interés del menor. Debiendo subrayar que el interés del menor aparece hoy arraigado como criterio

⁸⁷⁰ MALUQUER DE MOTES y BERNET, C. J., “Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona 1998, p.154.

⁸⁷¹ SAP de Burgos, Sección 2ª, 14 Dic. 2006, rec. 432/2006 (LA LEY 286247/2006).

rector del Derecho de Familia. Se le considera un “*eje alrededor del cual deben girar todos los institutos*”⁸⁷².

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad.

Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “*best interests of the child*” o “*the welfare of the child*”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “*l’intérêt supérieur de l’enfant*”. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño.

4.3.2. Regulación.

El principio de “primacía del interés del menor” preside toda la legislación estatal y foral en materia de infancia y adolescencia, y, también, a nivel supranacional.

Nuestra Constitución, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores⁸⁷³.

⁸⁷² DURÁN AYAGO, A., “*La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*”, Edit. Colex, Madrid 2004, p.87.

⁸⁷³ Art. 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.*

El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor⁸⁷⁴, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁸⁷⁵, que supuso la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales. Con esta Ley tuvo lugar la denominada desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor⁸⁷⁶.

Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996⁸⁷⁷ de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 2 establece como principio general que “... *primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro de interés legítimo que pueda concurrir*”. Además, esta supremacía del interés del menor queda configurada en esta norma como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos (art. 11.2).

Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad⁸⁷⁸. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el art. 148. 20º de la CE, han venido promulgando su propia legislación en esta materia⁸⁷⁹.

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

⁸⁷⁴ STS, Civil, Sección 1ª, 17 Feb. 2015, rec. 2923/2013 (ROJ: STS 544/2015).

⁸⁷⁵ BOE nº 119, 19/05/1981.

⁸⁷⁶ STS, Civil, Sección 1ª, 27 Oct. 2014, rec. 2762/2013 (ROJ: STS 4243/2014).

⁸⁷⁷ BOE nº 15, 17/1/1996.

⁸⁷⁸ STS, Civil, Sección 1ª, 17 Marzo 2016, rec. 2517/2014 (ROJ: STS 1281/2016).

⁸⁷⁹ A título de ejemplo podemos destacar: Ley Vasca 3/2005, de 18 de febrero de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (BOE nº 274, de 14/11/2011); Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 1, de 2/01/2006); Ley 1/2006, de 28 de febrero de Protección de Menores de La Rioja (BOE nº 70, de 23/03/2008); Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008 de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana (BOE nº 200, de 19/08/2008); la Ley 14/2010, de 27 de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña (BOE nº 156, de

También la Ley 54/2007 de Adopción Internacional⁸⁸⁰, en su Exposición de motivos, recoge que la misma debe “*ser siempre interpretada con arreglo al principio del interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional*”.

Finalmente el concepto de interés del menor, como veremos, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

De conformidad con el art. 96.1 CE, “*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propio tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*”

Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores. Así, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924⁸⁸¹. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁸² que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño⁸⁸³.

28/06/2010); Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia (BOE nº 19, de 22/01/2011).

⁸⁸⁰ BOE nº 312, de 29/12/2007.

⁸⁸¹ <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>. Consulta 1/07/2016.

⁸⁸² http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Universal_Derechos_Humanos.pdf. Consulta 1/7/2016.

Uno de los textos internacionales que debemos destacar, es la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁸⁸⁴, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuyo art. 3 establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*. Añadiendo en el art. 9.3 que *“los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*.

También, el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980⁸⁸⁵, en su preámbulo declaró que *“...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”*.

La Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de Septiembre de 1992⁸⁸⁶, dispone en el apartado segundo de su art. 24 que *“en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”*.

Y en el mismo sentido la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de la

⁸⁸³ Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20de%20Ni%C3%B1o.pdf>. Consulta 10/10/2016.

⁸⁸⁴ 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 nº 313, 31/12/1990.

⁸⁸⁵ BOE nº 202, 24/08/1987.

⁸⁸⁶ DOCE nº C 241, 21/09/1992.

discriminación, al señalar que la “*no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados*”⁸⁸⁷.

También se ha declarado el interés superior del niño en numerosos textos internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950⁸⁸⁸; el Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980⁸⁸⁹, relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia y los arts. 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23 del Reglamento comunitario núm. 2201/2003⁸⁹⁰, en vigor desde el 1 de marzo de 2005.

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha configurado una doctrina muy importante sobre el interés superior del niño a través de sus Observaciones Generales.

Así, en la ya citada Observación General nº 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, el Comité de Derechos del Niño animaba a los Estados partes a reconocer que los niños pequeños gozan de todos los derechos garantizados por esa convención y que la primera infancia es un período decisivo para la realización de esos derechos. Se trata especialmente del interés superior del niño en el art. 13, cuyo tenor es el siguiente:

“13. Interés superior del niño. El artículo 3 establece el principio de que el interés superior del niño será una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. (...). El principio del interés superior del niño aparece

⁸⁸⁷ Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, p. 21. <http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml>. Consulta 9/10/2016.

⁸⁸⁸ BOE nº 243, 10/10/1979.

⁸⁸⁹ BOE nº 80, 3/04/1991.

⁸⁹⁰ Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1347/2000 (DOUE nº L 338, de 23 de diciembre de 2003).

repetidamente en la Convención (en particular en los artículos 9, 18, 20 y 21, que son los más pertinentes para la primera infancia). El principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños....:

2a) Interés superior de los niños como individuos. Todas las decisiones adoptadas en relación con la atención, educación, etc. del niño deben tener en cuenta el principio de interés superior del niño, en particular las decisiones que adopten los padres, profesionales y otras personas responsables de los niños.”

Aunque, entre todas, debemos destacar la Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁸⁹¹, que mas adelante recogeremos.

De lo expuesto, resulta que el principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional.

Desde esa perspectiva que enmarca todo el Derecho interno y el Derecho internacional, se hace necesario mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del *favor minoris*.

El legislador, para atribuir la guarda y custodia de los hijos, lo hace “*en interés de los hijos*”, “*en beneficio de ellos*”, lo que supone que el interés de los hijos menores debe primar por encima de todo, consagrándose “*como principio universal el favor filial, el interés material y moral de los hijos que constituye una norma de ius cogens o imperativa, no sujeta a los principios de disposición y de justicia rogada y, por tanto, de obligatoria observancia, pudiendo, por ello, incluso ser aplicada ex officio por los jueces y Tribunales*”⁸⁹².

⁸⁹¹ Comité de los Derechos del Niño, documento CRC/C/GC/14 de 29 de mayo del 2013, aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero). http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Consulta 1/08/2016.

⁸⁹² SAP Lérida, Civil, Sección 1ª, 10 Dic. 1997, rec. 136/1997 (ROJ: SAP L 240/1997). SAP Toledo, Civil, Sección 2ª, 4 Junio 1999, rec. 318/1998 (ROJ: SAP TO 535/1999). SAP Las Palmas, Civil, Sección 5ª, 12 Mayo 2003, rec. 480/2002 (ROJ: SAP GC 1051/2003). SAP Toledo, Civil, Sección 1ª, 24 Enero 2007, rec. 190/2006 (ROJ: SAP TO 55/2007). SAP Coruña, Civil, Sección 3ª, 17 Dic. 2007, rec. 244/2007 (ROJ: SAP C 3187/2007). SSAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 26 Mayo 2008, rec.

4.3.3. El concepto de menor⁸⁹³.

Para los Tribunales⁸⁹⁴, el niño, en cuanto individuo en formación, necesita de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario salvaguardar. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, por ello resulta tan importante desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el art. 10.1 de la CE, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, se afirma, que *“quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados”*⁸⁹⁵.

También la jurisprudencia ha recordado que el nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones⁸⁹⁶. En este sentido, se expresa el art. 154 del CC, cuando señala que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

647/2007 (ROJ: SAP TF 1799/2008) y 21 Julio 2008, rec. 607/2007 (ROJ: SAP TF 2185/2008). SAP Baleares, civil, Sección 4ª, 14 Oct. 2008, rec. 206/2008 (ROJ: SAP IB 1512/2008).

⁸⁹³ Instrucción Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 marzo (JUR 2006\94040).

⁸⁹⁴ SSAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 9 Enero 2004, rec. 538/2003 (ROJ: SAP C 813/2004), Sección 4ª, 19 Oct. 2005, rec. 1546/2005 (ROJ: SAP C 1804/2005), 5 Abr. 2006, rec. 171/2006 (ROJ: SAP C 608/2006) y 31 Marzo 2008, rec. 543/2007 (ROJ: SAP C 653/2008). SAP Tarragona, Civil, Sección 1ª, 4 Mayo 2009, rec. 457/2008 (ROJ: SAP T 829/2009). SAP Asturias, Civil, Sección 5ª, 19 Oct. 2009, rec. 396/2009 (ROJ: SAP O 2523/2009). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 9 Nov. 2009, rec. 264/2009 (ROJ: SAP TF 2490/2009). SAP Soria, Civil, Sección 1ª, 24 Julio 2014, rec. 53/2014 (ROJ: SAP SO 146/2014). SAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 21 Enero 2015, rec. 524/2014 (ROJ: SAP C 57/2015). SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 2 Marzo 2016, rec. 1217/2015 (ROJ: SAP CO 70/2016).

⁸⁹⁵ SAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 15 Abr. 2015, rec. 129/2015 (ROJ: SAP C 890/2015).

⁸⁹⁶ SSAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 9 Julio 2008, rec. 334/2008 (ROJ: SAP C 1772/2008) y 28 Abr. 2010, rec. 37/2010 (ROJ: SAP C 1561/2010). SSAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 8 Marzo 2012, rec. 181/2011 (ROJ: SAP CS 422/2012), 16 Dic. 2013, rec. 113/2013 (ROJ: SAP CS 1157/2013), 30 Sept. 2014, rec. 133/2014 (ROJ: SAP CS 1007/2014) y 23 Junio 2015, rec. 69/2015 (ROJ: SAP CS 701/2015). SSAP Coruña, Civil, Sección 4ª, 26 Mayo 2016, rec. 186/2016 (ROJ: SAP C 1419/2016) y 14 Julio 2016, rec. 166/2016 (ROJ: SAP C 1853/2016).

De conformidad con lo dispuesto tanto en el art. 1 de la Convención de Derechos del Niño⁸⁹⁷ como en el art. 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, podemos afirmar que son menores las personas de menos de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

El art. 12 CE determina que “*los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*”. A su vez el Código Civil sitúa, en su art. 315, la mayoría de edad en los dieciocho años.

No obstante, en el caso de menores e emancipados, el art. 323 CC establece que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad que, además, han de interpretarse restrictivamente. Las mismas consideraciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC).

Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad.

Respecto de la minoría de edad, RIVERO HERNÁNDEZ⁸⁹⁸ ha manifestado que más que una etapa, consiste en muchas etapas, por lo que más que minoría deberíamos hablar de minorías. Si el niño de pocos años, por su vulnerabilidad y sus necesidades de toda índole, requiere especial atención, y precisa de alguien que se ocupe de él material, moral y psíquicamente, y por ello su capacidad de actuar es casi nula, por lo que la ley la transfiere íntegramente a otra persona; el menor adolescente en cambio va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad.

⁸⁹⁷ Art. 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño: “*para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*” (BOE nº 313, de 31/12/1990, 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).

⁸⁹⁸ Cfr. Rivero Hernández, F. *El interés del menor*. Edit. Dykinson S.L. Madrid 2007, pp. 176-179.

En este trabajo se usa de manera indistinta el término menor o niño, para referirnos a las personas menores de 18 años. Por debajo de esa edad, y siempre que no se haya producido la emancipación, estamos hablando de un menor de edad.

4.3.4. El interés superior del niño: un concepto indeterminado.

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica anteriormente mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso⁸⁹⁹.

Como hemos señalado, para nuestro Tribunal Constitucional dicho principio constituye “*un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*” y un criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia.

El Tribunal Constitucional⁹⁰⁰ ha manifestado que “*el criterio que debe presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (...). El interés superior del menor opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.*”

Como ya hemos reiterado, es necesario partir de la base de que las medidas relativas a los hijos habrán de adoptarse teniendo especialmente en cuenta el interés y

⁸⁹⁹ SSTS, Civil, Sección 1ª, 27 Oct. 2014, rec. 2762/2013 (ROJ: STS 4243/2014), 17 Feb. 2015, rec. 2923/2013 (ROJ: STS 544/2015) y 17 Marzo 2016, rec. 2517/2014 (ROJ: STS 1281/2016).

⁹⁰⁰ STC, Sección 1ª, 17 Oct. 2012, rec. 8912/2006 (ROJ: STC 185/2012).

beneficio de los menores, que conforma verdadero principio de orden público en tan delicada materia⁹⁰¹, todo ello como mecanismo de salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor.

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer “*incluso por encima del de sus progenitores*”⁹⁰² y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y Tribunales⁹⁰³.

Como resumen, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011⁹⁰⁴, recordada luego en otras posteriores, ha manifestado que:

“La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y Tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (Ver STS de 11 de febrero de 2011). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.”

Hasta tal punto se contempla ese interés que la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas que les afecten se fijen en interés de ellos, incluso con independencia de lo pedido por las partes en litigio⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ SSTs, Civil, Sección 1ª, 21 Feb. 2011, rec. 1186/2008 (ROJ: STS 605/2011), 22 Julio 2011, rec. 813 (ROJ: STS 4924/2011), 31 Enero 2013, rec. 2248/2011 (ROJ: STS 373/2013) y 11 Dic. 2014, rec. 30/2014 (ROJ: STS 5099/2014).

⁹⁰² STS, Civil, Sección 1ª, 09 Julio 2003, rec. 884/1999 (ROJ: STS 4861/2003).

⁹⁰³ STS, Civil, Sección 1ª, 28 Sept. 2009, rec. 200/2006 (ROJ: STS 5707/2009).

⁹⁰⁴ STS, Civil, Sección 1ª, 25 Abril 2011, rec. 646/2008 (ROJ: STS 2666/2011).

⁹⁰⁵ STC, Sección 1ª, 10 Dic. 1984, rec. 160/1984 (ROJ: STC 120/1984).

Dicho lo anterior, es preciso destacar que una de las características de nuestro ordenamiento jurídico es la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados que integran su contenido sustantivo.

El interés superior del niño, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial⁹⁰⁶.

La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido de dicho interés, ya que no puede ser determinado con carácter general de forma abstracta. La principal ventaja que ello presenta es que permite adaptar las soluciones a los criterios de la conciencia social, siempre en evolución⁹⁰⁷. En contrapartida, el aspecto negativo de la indeterminación radica en la prevalencia, a la hora de delimitar su virtualidad y eficacia, del criterio más o menos subjetivo del intérprete, lo que provoca que el fallo propuesto se realice desde una perspectiva marcadamente personal, extremo que podría traducirse en la existencia de una indeseable inseguridad jurídica⁹⁰⁸.

Se ha manifestado que estos “*conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado "conceptos esencialmente controvertidos", esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio*”⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ STS, Civil, Sección 1ª, 4 Feb. 2014, rec. 245/2012 (ROJ: STS 247/2014).

⁹⁰⁷ Cfr. ROCA i TRIAS, E. “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho Internacional Privado”, en Revista jurídica de Cataluña nº 4, 1994. ISSN 1575-0078, Vol. 93, Nº 4, 1994, pp. 915-992.

⁹⁰⁸ Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C. “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”. en Revista Sepin. Artículo Monográfico. Septiembre 2003 (Ref. SP/DOCT/1500), <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>. Consulta 01/06/2016. En ese mismo sentido, MARTÍN HERNÁNDEZ, J. “La intervención ante el maltrato infantil: *Una revisión del sistema de protección*”, Edit. Pirámide, Madrid, 2005, p.24, sostiene que esa “*misma imprecisión plantea el inconveniente de que su aplicación concreta precisa de criterios personales y subjetivos, en función de las convicciones, ideología, sensibilidad, concepción de vida y del mundo, etc., de quien hace la valoración...*”.

⁹⁰⁹ STS, Civil, Sección 1ª, 4 Feb. 2014, rec. 245/2012 (ROJ: STS 247/2014). SAP Salamanca, Civil, Sección 1ª, 10 Julio 2014, rec. 125/2014 (ROJ: SAP SA 366/2014).

Nos encontramos ante un concepto indeterminado que debe ser, en cada caso concreto, vislumbrado a partir de la realidad vivida en cada familia.

Ello supone que el concepto, además, es provisional e inicial, pues será conformado y determinado por el mismo menor, los progenitores o, en todo caso, por el juez y el Ministerio Fiscal, con la asistencia de técnicos especialistas, de acuerdo con todas las circunstancias que rodean un determinado proceso⁹¹⁰.

La utilización por parte del legislador de un concepto jurídico relativamente indeterminado impone, al sujeto obligado a aplicarlo, un complementario proceso de valoración. En dicho proceso, deberán ser ponderadas todas las circunstancias o factores concurrentes a fin de conseguir determinar, en el caso concreto, cuál sea el interés del menor en esa específica situación.

Los problemas comienzan cuando se trata de determinar qué es lo más beneficioso para los hijos, pues, como ya hemos apuntado, en este ámbito no pueden funcionar los mismos criterios de solución para todos los supuestos, habida cuenta de la peculiar identidad de cada sujeto y de las circunstancias concretas que perfilan cada situación.

En la legislación y en la jurisprudencia, para intentar determinar en que consiste el interés del menor, se han seguido dos sistemas, uno de ellos consiste en identificarlo por medio de una lista de criterios legales con el objeto de proporcionar unas pautas a seguir en las decisiones donde deba entrar en juego el principio, que podría denominarse como técnica legislativa de criterios normativos preestablecidos⁹¹¹ y el otro a través de un principio general o cláusula general⁹¹².

⁹¹⁰ Cfr. CLAVIJO SUNTURA, JH. “El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares”. http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306#_ftn1. Consulta 22/07/2013.

⁹¹¹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit. p. 60.

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE nº 156, 28/06/2010) dictada por el Parlamento de Cataluña, sigue la técnica de establecer criterios para la determinación del interés superior. Así en el art. 5 establece que “*para determinar el interés superior del niño o el adolescente deben atenderse a sus necesidades y sus derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social*”.

Por lo que respecta al primer sistema consiste en una selección y determinación de datos, criterios y valoraciones concretas de hechos o situaciones que se pueden presentar en la práctica, y que se relacionan con el bienestar, ventaja, o conveniencia del niño.

El sistema de la cláusula general, de acuerdo con RIVERO⁹¹³, consiste en realizar un enunciado a modo de norma abstracta multicompreensiva, que respondería, en una definición sencilla, a “*valores de justicia y razonabilidad referidos a situaciones concretas*”, que se determinará al momento que se aplique la norma.

Pero estos no son los únicos sistemas posibles. Se han propuesto otros sistemas diferentes para la determinación en cada caso concreto de este principio básico⁹¹⁴.

Intentado dar un concepto de interés del menor, en el terreno doctrinal son varias las opiniones y perspectivas que se ofrecen al respecto. Así, entiende RIVERO HERNÁNDEZ que una tendencia tradicional y autoritaria coloca el interés del hijo en la perfección de su educación, concebida fundamentalmente desde arriba e impuesta al niño por quien dirige su vida, no tomándose en consideración la voluntad y parecer personal del hijo, como expresión de su interés, poco formada. Otra tendencia en cambio, identifica el interés del hijo con sus gustos y sus deseos. Finalmente, una tercera posición intermedia, trata de equilibrar el aspecto autoritario de la primera con las necesidades y tensiones afectivas, administradas ambas con ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita más la estabilidad emocional, y la libertad

⁹¹² Cfr. HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2004, p. 47.

⁹¹³ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “*El interés del menor...*”, *op.cit.* pp. 103-105.

⁹¹⁴ CLAVIJO SUNTURA, J. H. *El interés del menor en la custodia compartida*, Edit. Universidad de Salamanca 2009, p. 273, distingue los siguientes sistemas para la determinación del interés del menor: técnica de la cláusula general y determinación por medio de la casuística; criterios normativos preestablecidos; método de la objetivización; método del *dynamicself-determinism* y técnica de la tópica jurídica.

es en cambio más necesaria para el adolescente, por lo que el interés del hijo, desde esa perspectiva, iría en función de su edad y de su personalidad⁹¹⁵.

Dicho autor⁹¹⁶, indica que el interés del menor constituye en nuestro sistema jurídico y en otros un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad “*cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación*”. Igualmente añade que recoge un standard jurídico que se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado y legalmente por medio de cláusulas generales.

El citado autor⁹¹⁷ viene considerando que “*el interés del menor puede inicialmente identificarse con la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad y demás derechos fundamentales, en cuanto que su respeto garantiza una protección suficiente al menor, desde un punto de vista personal y humano pero no puede limitarse a esa instancia formal*”.

Para BERMÚDEZ BALLESTEROS⁹¹⁸, “*si bien las resoluciones judiciales tienen en cuenta el interés de los menores en la adopción de medidas relacionadas con ellos, sin embargo, apenas se han hecho mayores precisiones acerca de qué entienden nuestros Tribunales por dicho “interés del menor”. Resulta muy difícil en este terreno hacer afirmaciones generales, porque el verdadero interés del menor sólo puede ser delimitado en cada caso concreto y en atención a sus circunstancias personales y familiares*”.

⁹¹⁵ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*. Edit. Bosch, Barcelona 1997, p. 159. SAP de Cuenca, Sección 1ª, Sentencia de 31 Marzo 1999, rec. 260/1998 (ROJ: SAP CU 175/1999).

⁹¹⁶ *Ibid.* pp. 70-71 y 102-105.

⁹¹⁷ *Ibid.* p 111.

⁹¹⁸ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S. *op. cit.* p. 23.

Sin embargo, ALONSO PÉREZ⁹¹⁹, nos ofrece una serie de criterios que otorgan significado a dicho principio. Para el citado autor el interés superior del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor.

Por su parte, DE LAMA AYMA⁹²⁰ defiende que es un error creer que no puede establecerse un contenido mínimo del concepto de interés del menor. Se ha afirmado que el contenido esencial del interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad; proyectándose, por tanto, sobre los derechos y valores reconocidos en el art. 10.1 CE, es decir, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo así como sus derechos fundamentales⁹²¹. Pues bien, esta autora delimita el contenido del principio como la salvaguarda de los bienes jurídicos de la personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que el menor actúe por sí mismo cuando tenga madurez suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente en la patria potestad y el respeto al interés legítimo en la protección de la persona del menor de edad.

⁹¹⁹ ALONSO PÉREZ, M. “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y Sombras”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 6 de enero 1997, Edit. La Ley-Actualidad, p. 24.

⁹²⁰ Cfr. DE LAMA AYMA, A. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 95-97.

⁹²¹ En este sentido, NAVAS NAVARRO, S. “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, *Libro Homenaje al Prof. Díez-Picazo*, T. I, Thomsom Civitas, Madrid 2003, pp. 693 y 707, define el interés del menor como la voluntad del legislador de garantizar, ante situaciones que puedan perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar, el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la praxis judicial, nuestro Tribunal Supremo⁹²² ha expresado que resulta muy difícil concretar en qué consiste el interés del menor ante la falta de una lista de criterios. Sin embargo, partiendo de que no existe una definición legal, ha integrado el concepto de interés del menor afirmando⁹²³, que la interpretación del art. 92 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

El Alto Tribunal ha manifestado que se configura, pues, “*como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales*”⁹²⁴.

⁹²² STS, Sala Primera, de lo Civil, 8 Oct. 2009, rec. 1471/2006 (LA LEY 192180/2009), ha señalado que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, lo que resulta muy difícil concretar a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

⁹²³ SSTS, Civil, Sección 1ª, 29 Abril 2013, rec. 2525/2011 (ROJ: STS 2246/2013), 12 Dic. 2013, rec. 774/2012 (ROJ: STS 5824/2013), 25 Abr. 2014, rec. 2983/2012 (ROJ: STS 1699/2014), 16 Oct. 2014, rec. 683/2013 (ROJ: STS 4240/2014), 18 Nov. 2014, rec. 412/2014 (ROJ: STS 4608/2014), 26 Junio 2015, rec.469/2014 (ROJ: STS 2736/2015), 21 Oct. 2015, rec. 1768/2014 (ROJ: STS 4442/2015), 30 Dic. 2015, rec. 183/2015 (ROJ: STS 5804/2015), 28 Enero 2016, rec. 2205/2014 (ROJ: STS 149/2016), 11 Feb. 2016, rec.891/2015 (ROJ: STS 480/2016), 9 Marzo 2016, rec. 791/2015 (ROJ: STS 1156/2016), 12 Abr. 2016, rec. 1225/2015 (ROJ: STS 1636/2016), 3 Junio 2016, rec. 2534/2015 (ROJ: STS 2617/2016), 16 Sept. 2016, rec. 1628/2015 (ROJ: STS 4089/2016) y 21 Sept. 2016, rec. 3282/2015 (ROJ: STS 4099/2016).

⁹²⁴ SSTS, Civil, Sección 1ª, 27 Oct. 2014, rec. 2762/2013 (ROJ: STS 4243/2014), 17 Feb. 2015, rec. 2923/2013 (ROJ: STS 544/2015), 20 Julio 2015, rec. 1791/2014 (ROJ: STS 3216/2015), 2 Dic. 2015, rec. 1983/2014 (ROJ: STS 5220/2015), 1 Feb. 2016, rec. 270/2015 (ROJ: STS 338/2016) y 17 Marzo 2016, rec. 2517/2014 (ROJ: STS 1281/2016).

Para la jurisprudencia menor⁹²⁵ el interés superior del menor nos conduce a un estudio singularizado de cada caso o, dicho de otro modo “*a la concreción y defensa del derecho del niño según las circunstancias del caso*”⁹²⁶.

Recientemente en el ámbito del Derecho internacional y en el nacional se ha intentado desarrollar un concepto de interés superior del niño.

Así, la citada Observación General n° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño⁹²⁷, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple, dicho de otro modo, que tiene tres dimensiones:

“a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. ...

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. ...”.

⁹²⁵ SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 07 junio 2016, rec. 1266/2015 (ROJ: SAP CO 462/2016)

⁹²⁶ SAP Córdoba, Civil, Sección 1ª, 7 Junio 2016, rec. 1266/2015 (ROJ: SAP CO 462/2016).

⁹²⁷ http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Consulta 1/8/2016.

Añadiendo que *“el concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del art. 3, párrafo 1, (...).”*

En conclusión, para la Observación General nº 14, criterio que mantenemos a lo largo de la presente tesis, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del menor afectado, teniendo en cuenta su contexto, situación y necesidades personales.

Considera el Comité, que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño. Esas circunstancias vienen referidas a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños.

Compartimos, igualmente, las consideraciones del Comité en cuanto que manifiesta que es beneficioso que se elabore una lista de elementos no exhaustivos ni jerárquicos que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño. Afirmando que ese carácter no exhaustivo de los criterios de la lista implica que es posible no limitarse a ellos e, incluso, tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño concreto. Pero esos elementos deberán ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. De modo que la lista debe ofrecer orientaciones concretas y al mismo tiempo, ser flexible.

También, como hemos dicho, el legislador nacional, ha pretendido dar un concepto del interés superior de menor, con la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia tomando como referencia tanto la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo durante los últimos años como los propios criterios estipulados en la Observación

General no. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, en su preámbulo define el interés del menor en los siguientes términos:

“Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.”

Añadiendo que de acuerdo con lo anterior la determinación del interés superior del menor en cada caso debe *“basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio*

Ley Orgánica 8/2015, en su art.1 señala que a efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas;

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior;

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; y

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Para el Tribunal Supremo⁹²⁸, el concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, en el sentido de que *“se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”*, se protegerá *“la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas”*; se ponderará *“el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”*; *“la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...”* y a que *“la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”*. Añadiendo que el art. 2 de la LO 8/2015 exige que la vida del menor se desarrolle en entorno *“libre de violencia”* y que *“en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”* (*Sentencias de 26 de noviembre de 2015, rec. 36 de 2015 y de 27 de octubre de 2015, rec. 2664 de 2014*).

De lo expuesto hasta ahora ha quedado constatada la supremacía del interés del menor como el parámetro esencial para la determinación de los sistemas de guarda y custodia. Sin embargo, como hemos visto, tanto las normas internacionales como las nacionales en la definición del interés superior del menor han dejado constancia de la necesidad de una labor complementaria de concreción e individualización en el caso

⁹²⁸ SSTS, Civil, Sección 1ª, 27 Oct. 2015, rec. 2664/2014 (ROJ: STS 4452/2015), 26 Nov., 2015, rec. 36/2015 (ROJ: STS 4900/2015) y 13 Mayo 2016, rec. 2556/2016 (ROJ: STS 2129/2016).

concreto, en función y en atención a las circunstancias personales y familiares de cada niño.

Pueden establecerse y se han establecido jurisprudencial y normativamente determinados presupuestos ó parámetros a tener en cuenta, pero ello no significa que de concurrir todos y cada uno de esos presupuestos, resulte siempre beneficioso para el menor la custodia compartida, ni que, de no concurrir alguno de ellos, deba denegarse sin más dicho sistema de custodia.

Compartimos el criterio del Tribunal Supremo⁹²⁹ que el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.

En definitiva, corresponde al juez, en último término, la labor de determinar cuál es el interés del menor en el caso concreto, valorando la situación concurrente teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que se dan en cada supuesto. Y ello, porque como hemos señalado el interés superior de menor es un principio general del Derecho por lo que no cabe una formulación general y abstracta sino que habrá que descender al supuesto concreto en que deba ser aplicado.

⁹²⁹ La STS, Civil, Sección 1ª, 17 Junio 2013, rec. 1789/2011 (ROJ: STS 3347/2013) definió el interés prevalente del menor como *“la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre”*. En el mismo sentido las La STS, Civil, Sección 1ª, 17 Oct. 2013, rec. 3144/2012 (ROJ: STS 5003/2013) y 25 Sept. 2015, rec. 1537/2014 (ROJ: STS 3890/2015).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Definimos la guarda y custodia compartida como aquella situación que se produce tras el cese de la convivencia de pareja, mediante la cual los progenitores se alternan o suceden en el cuidado, atención y educación de sus hijos menores, ejerciendo en igualdad, los derechos y deberes que la ley les confiere, pero, siempre, atendiendo al interés superior del menor.

No estamos de acuerdo, junto con un importante sector doctrinal y jurisprudencial, con el término que ha utilizado el legislador. El término “compartir” parece indicar que todavía hay convivencia entre los progenitores, cuando, en realidad, al hablar de guarda y custodia estamos hablando de que existe crisis de pareja y por tanto ausencia de convivencia.

Pensamos que se puede compartir la patria potestad pero no la custodia. Si los padres están separados la custodia la ejerce uno u otro, pero no la comparten. Creemos que sería más correcto hablar de guarda y custodia alternada o sucesiva, pues cuando los padres no conviven, la guarda y custodia se alterna o sucede entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo.

SEGUNDA.- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ha incorporado, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la guarda y custodia compartida.

En el Derecho español actual coexisten dos tipos de regulaciones sobre custodia compartida:

1º.- El art. 92 CC, en el que la custodia compartida se construye como excepción frente a la monoparental o exclusiva, cuando no exista acuerdo o convenio y alguno de los progenitores la solicite.

2º.- Las legislaciones forales (Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco), en las que, a falta de acuerdo, la custodia compartida es considerada como sistema preferente o “preferible” frente a la individual.

TERCERA- Consideramos acertada la regulación prevista por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia en cuanto que elimina la excepcionalidad con la que, hasta ahora, se regulaba el régimen de custodia compartida y no lo establece como preferente ni tampoco lo hace con el de custodia individual, sino que deja libertad a la autoridad judicial para decidir, en interés de los hijos, y en atención a un listado de criterios, el establecimiento de un régimen u otro de guarda y custodia.

Discrepamos, sin embargo, de la facultad que se concede al juzgador de “imponer” el sistema de guarda compartida aunque ninguno de los padres la haya solicitado, resulta incongruente imponer un sistema de guarda cuando es evidente que los progenitores lo descartan.

CUARTA.- De la jurisprudencia analizada podemos concluir que inicialmente ha existido por parte de los Tribunales un fuerte rechazo a otorgar la guarda y custodia compartida de los hijos a ambos progenitores después de la ruptura familiar.

Tras las últimas reformas legislativas, especialmente a nivel foral y la tendencia social y política hacia la custodia compartida *en pro* de los derechos de igualdad y libertad de los progenitores, todo hacía pensar que en los últimos seis años se habrían producido, multitud de resoluciones judiciales que concedieran la custodia compartida tras la crisis de pareja.

Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo, así como de los datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística, hemos comprobado que en los últimos años se ha venido aplicando de forma lenta pero progresiva el régimen de guarda y custodia alternada en sus diferentes modalidades, ello sin perder de vista el interés superior del menor que ha sido concretado a través de una serie de criterios o factores.

QUINTA.- No obstante lo anterior, hemos de destacar que el Alto Tribunal ha dado un giro muy importante respecto de la aplicación de la custodia compartida, al declarar, en sus últimas sentencias, que ya no tiene sentido cuestionarse la bondad objetiva de este sistema custodia ya que debería considerarse esta medida de guarda la más normal e incluso deseable, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

Si a ello le unimos las citadas reformas legislativas producidas en algunas Comunidades Autónomas y la que se prevé a nivel nacional, podríamos concluir que es de esperar, que en un futuro, la praxis judicial vaya cambiando progresivamente haciendo aumentar los supuestos en los que se conceda la custodia compartida, si bien debiendo primar, como hemos mantenido, en la decisión que se adopte, en todo caso, el interés del menor.

SEXTA.- Y en esta línea se ha pretendido, por los legisladores autonómicos, un cambio del régimen de guarda y custodia con el pretexto de un cambio sustancial de circunstancias ya que, se ha argumentado, que la tendencia de la jurisprudencia y doctrina de fijar como régimen general el de la guarda y custodia compartida lo justificaba.

Discrepamos de que un simple cambio de legislación o jurisprudencia autorice una revisión automática y obligatoria de los regímenes de custodia ya establecidos, sin una modificación sustancial de las circunstancias fácticas. Debe exigirse, cuanto menos, que resulte acreditado que el superior interés y beneficio del menor requiere el cambio del régimen de custodia. Lo contrario, puede provocar la desestabilización de situaciones que estaban funcionando perfectamente e imponer por “la fuerza” un nuevo régimen que no siempre es más beneficioso para el menor.

SEPTIMA.- La custodia alternada puede llevarse a la práctica por medio de diferentes modalidades, que no pueden encerrarse en moldes predefinidos, sino que son tan variadas como distintas pueden ser las circunstancias de cada supuesto concreto de crisis matrimonial.

No existe un modelo que obligue a repartir la convivencia en periodos exactamente iguales con cada uno de los progenitores.

Creemos que los hijos no necesariamente necesitan un contacto igualitario con sus padres. Consideramos que la custodia alternada no tiene porque basarse en una distribución igualitaria del tiempo de convivencia con los hijos, sino en una distribución racional del mismo. O, si se quiere, en una alternancia más o menos equitativa.

OCTAVA.- La praxis judicial, nos ha mostrado que la guarda y custodia alternada podrá ser una buena fórmula, siempre y cuando se den los siguientes requisitos o condiciones para su ejercicio:

1º Que se parta de una situación previa, inmediatamente anterior a la separación, en que ambos progenitores hayan colaborado en la crianza y educación de los hijos, con el fin de que no suponga una novedad demasiado difícil de asumir para los menores, la guarda del progenitor que no había participado hasta entonces del cuidado de los hijos.

2º La petición de uno o de ambos progenitores.

3º Mantenimiento de buenas relaciones entre los padres tras la ruptura convivencial, al menos en lo que atañe al cuidado y educación de sus hijos.

La guarda compartida no puede convertirse en un instrumento para aminorar o paliar la conflictividad entre los progenitores. El dialogo y el respeto no son el resultado a conseguir con la guarda alternada sino el presupuesto de la misma.

4º Coincidencia de criterios educativos y formativos respecto de los hijos comunes.

5º Que los modelos de convivencia o existenciales de los progenitores sean similares.

5° Si la alternancia de la guarda se realiza con el traslado de los menores a los respectivos domicilios de los padres, éstos deberán habitar cerca el uno del otro, de forma que los hijos puedan mantener el mismo ambiente escolar y social.

NOVENA.- No compartimos ni la solución del CC ni la de las legislaciones forales, porque nos parece que la regulación más correcta sería aquella que no diera preferencia a la modalidad de guarda exclusiva ni a la de compartida, sino que las colocara a un nivel de total igualdad, permitiendo elegir la más apropiada para cada caso concreto, sin prejuicios de ningún tipo.

Tampoco estamos de acuerdo con la atribución de oficio, por el juzgador, de la guarda y custodia compartida. Y ello porque no nos parece lo más sensato forzar a los padres a admitir un régimen de guarda que ninguno desea. La custodia alternada requiere para su viabilidad una cierta predisposición que no casa bien con su inicial imposición.

No cuestionamos las bondades objetivas del sistema de custodia compartida, es un régimen de custodia deseable pero no puede considerarse preferente ni de aplicación automática.

Coincidimos con el Tribunal Supremo en que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes, debiendo primar aquel sistema que, en el caso concreto, se adapte mejor al menor y a su interés. No se puede determinar, con carácter general, qué régimen de guarda y custodia es más o menos beneficioso para los hijos.

El legislador autonómico debió prescindir de regular la custodia compartida con carácter preferente. Es un error condicionar al juez para que imponga un régimen u otro de custodia, debería tener plena libertad para que, en atención a unos criterios previamente legislados, atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia y sobre todo en atención al superior interés del menor pudiera decidir el régimen de custodia más beneficioso para el mismo.

Creemos que, tanto quien pretende la atribución de una guarda alternada, como la de la individual debe probar que ese régimen concreto de custodia es el que resulta más beneficioso para el interés particular del menor.

Pensamos que el legislador no debe, pronunciarse *a priori* sobre qué sistema de custodia es preferente, como sí que lo ha hecho el legislador foral, pues las opciones legislativas no garantizan que, en el caso concreto de que se trate, el interés del menor quede efectivamente amparado. No deben, pues, establecer presunciones legales a favor de un régimen concreto de guarda y custodia.

DECIMA.- Defendemos la necesidad de una misma regulación de la custodia a aplicar en todo el territorio nacional, lo contrario podría crear inseguridad jurídica e, incluso, situaciones injustas, ya que dependiendo del lugar del nacimiento del menor se establecería una presunción legal *iuris tantum* de que el régimen más beneficioso para los hijos es el de custodia compartida, desatendiendo el interés de los menores y provocando disparidad de soluciones discrecionales.

Creemos, tras el análisis de la jurisprudencia dictada en esta materia, que es necesario reformar el art.92 CC y que dicha reforma debería ser en el siguiente sentido:

1º No debería establecerse un régimen de guarda y custodia determinado con carácter general.

No es beneficioso llegar al extremo de que la custodia alternada se establezca como el sistema preferente ni tampoco que lo sea el de guarda monoparental.

2º Debería exigirse informe, debidamente fundamentado, del Ministerio Fiscal acerca del régimen de guarda y custodia más beneficioso para los hijos en el caso concreto, tanto en los supuestos de ruptura de pareja consensuada como contenciosa.

Dicho informe, en ningún caso, sería vinculante para el juzgador.

3º El apartado 7 del citado art. 92, debería exigir, para excluir automáticamente la custodia, individual y/o compartida, la existencia de una sentencia condenatoria firme dictada en un proceso penal en el cual haya sido imputado cualquiera de los progenitores. Creemos que no basta con estar inmerso en un proceso penal, ni tampoco es suficiente que haya una resolución judicial en la que se recojan indicios de la comisión de actos de violencia doméstica o de género, sino que es necesario que haya recaído una sentencia firme de condena por los mismos.

4º Deberían fijarse unos criterios específicos que el juzgador pudiera ponderar para determinar el régimen de guarda más beneficioso para los hijos en el caso concreto.

DECIMOPRIMERA.- Dichos criterios se han ido conformando por los Tribunales y por los diferentes legisladores forales. Se trata de criterios que responden al interés superior del niño y que afectan a diversos órdenes.

No es necesario que se den, en todo caso, todos los criterios ni que el juzgador deba examinar todos ellos ante un supuesto determinado, incluso, pueden ser ponderados junto con otros factores pertenecientes a las circunstancias específicas de cada niño concreto.

El listado de criterios determinados por el legislador no significa que deban concurrir todos y cada uno de ellos para que, siempre, resulte beneficiosa para el menor la custodia compartida, ni que, de no concurrir alguno de ellos, deba denegarse sin más dicho sistema de custodia.

A nuestro entender estos son los criterios o factores que debe ponderar la autoridad judicial antes de fijar el régimen de guarda y custodia de los hijos menores aunque no son exhaustivos ni jerárquicos y, tampoco, constituyen un *numerus clausus*:

a) La voluntad de los hijos, en atención a su edad y siempre que tengan suficiente juicio y sea libremente emitida.

El criterio de los menores debe tenerse en cuenta pero no puede erigirse en elemento decisorio sino que debe ser valorado conjuntamente con el resto factores.

No somos partidarios de imponer la custodia alternada contra la voluntad de un menor, mayor de 12 años y con suficiente grado de madurez.

b) La edad de los hijos.

Consideramos desaconsejable la custodia alternada en los niños de corta edad y especialmente, en los lactantes, pues necesitan de una mayor estabilidad en sus condiciones y hábitos cotidianos de vida, requiriendo de un cuidador primario que les proporcione seguridad en el mantenimiento de dichas condiciones.

c) La vinculación afectiva de los hijos con cada progenitor, así como con el entorno familiar del padre y la madre.

d) El tiempo de dedicación de cada progenitor a los hijos antes de la ruptura, y las tareas que efectivamente ejercían, así como la capacidad de cada progenitor.

Creemos que llegado el momento de la separación lo que procede es continuar con el modelo familiar previo manteniendo los roles existentes, con el objeto de que los hijos deben experimenten el menor cambio posible.

El juzgador debe valorar quién se ha venido ocupando del cuidado y educación de los hijos durante la convivencia así como la capacidad de los progenitores para atender y velar por la prole. Resulta contradictorio que se reclame la custodia compartida por aquel progenitor que se ha desatendido del cuidado de sus hijos o que carece de capacidad o aptitudes para ejercer las funciones parentales.

En el régimen de guarda alternada, las aptitudes personales de los progenitores son especialmente importantes. Deben tomarse en consideración las habilidades de los padres para atender al cuidado del menor, y procurarle todo lo necesario para garantizarle un desarrollo armónico e integral de su personalidad.

e) La posibilidad real de atender a los hijos por parte de cada progenitor, conciliando la vida familiar y laboral.

Entendemos que no tiene sentido reclamar la custodia compartida, cuando no se tiene la posibilidad de estar con los hijos, dejando su cuidado en manos de terceras personas. Los hijos necesitan del cuidado y atención de sus padres, lo que implica la posibilidad de tener un trato directo con ellos.

La indisponibilidad de los progenitores para mantener el trato directo con sus hijos y poder llevar a cabo los deberes y responsabilidades que tienen para con ellos, en el periodo que les corresponda, constituye un factor determinante para optar por uno u otro régimen de custodia

Ambos progenitores deben poder conciliar la vida familiar con la vida laboral, si, bien, no es necesario ambos tengan las mismas posibilidades de conciliación, aunque es admisible la ayuda puntual de la familia o de terceras personas siempre que no implique la delegación generalizada de los deberes parentales.

f) La existencia estilos educativos similares o compatibles entre los progenitores y de una mínima comunicación y colaboración entre ellos para unificar pautas de conducta hacia los hijos.

g) Las relaciones entre los progenitores.

Consideramos que la mala relación entre los progenitores es una circunstancia negativa no sólo para una custodia alternada sino también para la exclusiva. La conflictividad no está en función del régimen que se elija.

No es conveniente para los hijos vivir en un ambiente de permanentes enfrentamientos y disputas.

Sin embargo, la custodia compartida exige un mínimo nivel de consenso y colaboración entre los progenitores sobre aspectos de la vida diaria del menor.

No toda conflictividad, por si misma, puede ser causa de exclusión de la custodia alternada. Lo que se debe ponderar es si la conflictividad o las malas relaciones entre los progenitores son relevantes para los hijos, es decir, si afecta o perjudica el interés de los mismos.

h) El arraigo familiar y escolar.

El problema de los menores, tras el cese de la convivencia de sus progenitores, no se circunscribe solo a su futura relación con ambos o con cada uno de ellos, sino que de forma habitual, genera una rotura de su entorno social y familiar.

No resulta conveniente la custodia alternada cuando supone el desarraigo de los hijos menores respecto de su círculo familiar, de amigos o de compañeros escolares. Se debe garantizar la mayor estabilidad de los menores, por lo que consideramos que es necesario que ambos progenitores hagan posible que los hijos puedan mantener el mismo ambiente escolar y social.

La proximidad entre los domicilios de ambos progenitores favorece la estabilidad de los menores en sus quehaceres cotidianos. Si bien, somos contrarios al sistema de custodia compartida con alternancia en el uso de la vivienda familiar por ambos progenitores ya que además de los problemas de índole práctico que pueden surgir, puede constituirse en una fuente de conflictos entre los mismos. Creemos que únicamente debería optarse por este sistema en los casos en que las circunstancias económicas lo imponen y desde luego, de forma provisional o transitoria mientras se busca otra solución al problema.

i) La no separación de los hermanos

Aunque es admisible cuando la custodia conjunta represente un perjuicio para ellos, en atención a las circunstancias concretas concurrentes.

j) Los informes del equipo psicosocial.

k) La inexistencia de violencia de género.

DECIMOSEGUNDA.- El interés superior de los hijos es el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución del régimen de guarda y custodia de los hijos en los casos de crisis familiar.

El principio del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado. Estamos de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 14, con que el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable, debe definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del menor afectado, teniendo en cuenta su contexto, situación y necesidades personales.

Compartimos el criterio del Tribunal Supremo de que el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver, no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración “individual” para evitar, en lo posible, afectar a la estabilidad del niño, en cada caso concreto. La prioridad ha de situarse siempre en las necesidades emocionales, educativas y de crecimiento y desarrollo integral de los menores.

No obstante, en un intento de aproximación o concreción del concepto de interés superior del niño, compartimos la posición del Tribunal Supremo, en cuanto que el mismo debe identificarse, en la medida de lo posible, y sin carácter exhaustivo, con el “*mantenimiento de sus relaciones familiares*”, “*la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas*”, “*la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...*” así como con la exigencia de una vida “*libre de violencia*”.

Se aplique la legislación foral o la estatal, el principio *favor filii*, es el principio elemental y básico que ha de inspirar la adopción de cualquier medida concerniente a los menores, puesto que su interés y beneficio debe prevalecer sobre cualquier otro. Y así lo han hecho y lo siguen haciendo los Tribunales, los cuáles prescindiendo del carácter preferente o preferible que a la custodia compartida le otorga el legislador,

“descienden” al caso concreto, velando por lo que resulta más beneficioso para los menores.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CUENCA, J.M. Con mamá y papá. Edit. Almuzara 2006.

ALASCIO CARRASCO, L y MARIN GARCIA, I. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 CC. La reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2007, Barcelona 2007, pp.1-23. www.indret.com.

ALBALADEJO GARCIA, M. *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*. 9º. Edit. Bosch, Barcelona 2002.

ALFONSO RODRIGUEZ, M.E., “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la Lec: Guarda y Custodia Compartida”, en Anales de la Facultad de Derecho nº 13, abril 2006, Universidad la Laguna, pp.83-97.

ALONSO PÉREZ, M “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y Sombras”, en Actualidad Civil, nº 2, 6 de enero 1997, Edit. La Ley-Actualidad, pp.1-40.

ARAMBURU MUÑOZ, I, CHATO FRANCO, M., MARTÍN MARÍA, B. en PEREZ-VILLAR APARICIO, R (coord.) “Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida” en Themis, Asociación de Mujeres Juristas, 2007, pp. 1-129. <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-themis/category/12-custodia-compartida-themis?download=50:estudio-custodia-compartida>. Consulta 13/08/2016.

BASES DE DATOS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL:

- EDITORIAL ARANZADI S.A.: Westlaw Civil-Mercantil (<https://signon.thomsonreuters.com>).

- EDITORIAL ARANZADI S.A.: Aranzadi Familia (<http://www.aranzadi.es/actualidad/noticias/aranzadi-familia>).

- EDITORIAL JURIDICA SEPIN: Cronus Jurídico (www.sepin.es).

- FONDO DOCUMENTAL CENDOJ: <http://www3.poderjudicial.es>.

- EDITORIAL LEX NOVA S.A.: Lex Nova on-line (<http://online.lexnova.es>).

- U.T.E. EL DERECHO EDITORES S.A./GRUPO EDITORIAL QUANTOR 5. A.U: Base de datos Familia (<http://online.elderecho.com>).

- VLEX NETWORKS S.L.: Vlex premium (<http://www.vlex.com>).

- WOLTERS KLUWER ESPAÑA S.A.: Actualidad Civil La Ley y Diario LA LEY (<http://www.laley.es>). La ley digital 360 (<http://www.laleydigital.es>).

BERMÚDEZ BALLESTEROS M. S. “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”, en Aranzadi Civil-Mercantil, nº. 2/2001, Edit. Aranzadi, SA, Pamplona. 2001. pp.1-31

BERNAL SAMPER, T. *La mediación: una solución a los conflictos de pareja*. Edit. Colex, Madrid, 2008.

BERROCAL LANZAROT, A. I. “La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 723, Enero 2011, pp. 479-535. <https://app.vlex.com/#ES/vid/262287054>. Consulta 16/08/2013.

BONFANTE Corso di Diritto romano, I, Roma, 1925, p. 71. nº 2 y 72, n1, cit., por CAPROGRASI, Patria potestà: a) Diritto romano, en “Enciclopedia del Diritto”, vol. XXXII.

CAMPO IZQUIERDO A. L, 4ª ponencia “Jornadas sobre guarda y custodia compartida”, organizadas por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Granada,

celebradas en Granada los días 18 y 19 de Octubre de 2012. <http://asociacion-avilegen.blogspot.com.es/2012/10/video-completo-jomadas-custodia.html>. Consulta 4/09/2016.

CAMPO IZQUIERDO, A. L. “Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, (LA LEY 12960/2009). Edit. La Ley, pp.1-8.

CAMPUZANO TOME, H. “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, en Publicación Aranzadi Civil nº 22/2004. Edit. Aranzadi S.A. Pamplona 2005, pp.1-30.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. “La patria potestad”, en GARRIDO DE PALMA (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. I. Edit. Civitas 2001.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a. *La patria potestad*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid 1960.

CASTILLEJO MANZANARES, R. *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*. Edit. La Ley, Madrid 2007.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C. “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, en Revista Sepin. Artículo Monográfico. Septiembre 2003 (Ref. SP/DOCT/1500), pp. 1-18. <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>. Consulta 01/06/2016.

CLAVIJO SUNTURA, J. H. “El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares” en Pórtico Legal. 12 Diciembre de 2007. http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306#_ftn1. Consulta 22/07/2013.

CLAVIJO SUNTURA, J. H. *El interés del menor en la custodia compartida*, Edit. Universidad de Salamanca 2008.

CLEMENTE MEORO, M.: “El pacto de convivencia familiar y las medidas familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Tirant Lo Blanch, Monografías 760, Valencia 2011, pp. 53 a 99.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J.L. “Ley valenciana de custodia compartida”, en *Revista de Treball, Economia i Societat*, nº 62. Septiembre 2011, pp.1-30. <http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista62/art1.pdf>. Consulta 3/01/2016.

CONSEJO DE ESTADO, dictamen al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 24 de julio de 2014. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>. Consulta 15/08/2016.

CONSEJO FISCAL, informe al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 13 de septiembre de 2013.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_CUSTODIA_COMPARTIDA_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1. Consulta 15/08/2016.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe sobre el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 23 de septiembre de 2013. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/El_CGPI_aprueba_el_informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_corresponsabilidad_parental. Consulta 15/08/2016.

CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en la crisis matrimoniales*, Edit. La Ley, Madrid 2012.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I. “Custodia compartida de ambos progenitores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 702, Madrid 2007, pp. 1821-1826. <http://vlex.com/vid/443789>. Consulta 26/07/2013

DE LAMA AYMA, A. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de sucesiones*. Edit. Tecnos, Madrid 2006.

DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Edit. Colex, Madrid 2004.

ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales*. Edit. Comares, Granada 2000.

ECHEVARRÍA GUEVARA, K. L., *La guardia y custodia compartida de los hijos*, Edit. de la Universidad de Granada, Granada 2011.

FREIJANES BENITO, A. “La protección de los derechos de los menores en caso de divorcio o separación”, en Jesús Rodríguez Torrente, *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, vol. XVIII, Madrid 1998.

GARCIA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo II*. Edit. Edersa. Madrid 1982.

GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. Edit. McGraw-Hill Interamericana. Madrid 1997.

GONZALEZ DEL POZO, J. P. “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, en Diario La Ley nº 7529, Sección Doctrina, 16 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-380, Edit. La Ley (La LEY 14038/2010), pp. 1-14

GONZALEZ DEL POZO, J. P. “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia

Compartida de Aragón”, en Diario La Ley nº 7357, Sección Doctrina, 29 Dic.2010 Año XXXI, Ref. D-408, Edit. La Ley (LA LEY 15167/2010), pp.1-14.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentarios al nuevo artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIERREZ V. (Dir) *Comentarios a la Reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005 de 8 de Julio)*. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, en Revista para el Análisis del Derecho, en InDret 2/2008, Barcelona 2008, pp.1-33. www.indret.com. Consulta 20/08/2013.

HERNANDO RAMOS, S. “El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, en Diario La Ley nº 7206, Sección Tribuna, 29 Junio 2009. Ref. D-232, Edit. La Ley. (La Ley 12953/2009), pp.1-30.

HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2004.

IGLESIAS J. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11º. Edit. Ariel S.A., Barcelona 1997.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: <http://www.ine.es/>

IVARS RUIZ, J. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2008.

LASARTE ALVAREZ, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo social y relaciones laborales*. Edit. Dykinson S.L. Madrid 2005.

LATHROP GÓMEZ, F. *Custodia compartida de los hijos*. Edit. La Ley, Madrid 2008.

LINACERO DE LA FUENTE. M. “Leyes de familia y constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio”, en Revista de Derecho Privado, nº 3-4/2006, Marzo-Abril 2006, pp.33-82. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/leyes-familia-constitucion-ley-1-8-328836>. Consulta 13/01/2015.

LÓPEZ AZCONA, A. “El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, en Revista Boliv. de derecho núm. 19, enero 2015, pp. 206-235.

MAGAZ SANGRO, C. “La patria potestad en los pleitos matrimoniales”, en RODRIGUEZ TORRENTE, J. (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998.

MALUQUER DE MOTES y BERNET, C. J., “Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona 1998.

MAZA DOMINGO J. “Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010 de 29 de Julio del Libro segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y familia II” en Boletín de Derecho de Familia El Derecho, nº 112, 1 Mayo 2011, Edit. Lefebvre-El Derecho, S.A. (EDB 2011/32795), pp.1-10.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza 2011, pp. 133-175. https://www.academia.edu/3356380/La_regulaci%C3%B3n_de_la_custodia_compartida_en_la_Ley_de_Igualdad_de_las_Relaciones_Familiares_ante_la_ruptura_de_la_convivencia_de_los_padres. Consulta 4/09/2016.

MONTERO AROCA, J. *Guarda y Custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 CC)*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

MORÁN GONZÁLEZ, I. “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en TAPIA PARREÑO, J.J. (dir.) *Custodia Compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009.

NAVAS NAVARRO, S. “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, *Libro Homenaje al Prof. Díez-Picazo*, T. I, Edit. Thomsom Civitas, Madrid 2003.

NAVAS NAVARRO, S. “Menores, guarda compartido y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)”, en *Revista de Derecho de Familia* nº 54. Edit. Lex Nova, SAU, Valladolid 2012, pp. 23-56.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil Tomo IV Derecho de la persona y de la familia*. 2ª Edición, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2016.

ORTUÑO MUÑOZ, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Edit. Civitas, Navarra 2006.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, en *Diario LA LEY*, nº 7206, Sección Tribuna, 29 de Junio de 2009, Año XXX, Ref. D-234, (LA LEY 12967/2009), pp.1-7.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. “Patria potestad”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín. Madrid 2005.

PEREZ UREÑA, A. “El interés del menor y la custodia compartida (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7º, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la *Revista de Derecho de Familia*. Nº 24 de julio 2004, pág. 221 y 2229”, en *Revista de Derecho de Familia* nº 26, 2005, pp. 275-278.

PINTO ANDRADE, C. *La custodia compartida*. Colección Práctica Jurídica. Edit. Bosch, Barcelona 2009.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001, pp. 281-329. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229886.pdf>. Consulta 10/10/2016.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Nulidad, separación y Divorcio en la jurisprudencia*. Edit. Reus, Madrid 2003.

RIVERA ALVAREZ, J. M. “La custodia compartida: Génesis del nuevo artículo 92 del Código Civil”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 18, Madrid 2005, pp. 137-162. <http://ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/nuevo-art-92-cc,0.pdf>. Consulta 10/10/2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*. Edit. Bosch. Barcelona 1997.

RIVERO HERNANDEZ, F. *El interés del menor*. Edit. Dykinson S.L. Madrid 2007.

ROCA i TRIAS, E. “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho Internacional Privado”, en *Revista jurídica de Cataluña* nº 4, 1994. ISSN 1575-0078, Vol. 93, Nº 4, 1994, pp. 915-992.

ROMERO COLOMA, A.M. “La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 814/2011, Edit. Aranzadi, Pamplona 2011, pp.1-3.

SANCHEZ MARTIN, P. ALVAREZ ALARCOR, A; BLANDINO GARRIDO, A. *Las crisis matrimoniales 2ª Edición*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

SAN SEGUNDO, M. T. “Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos”, en TAPIA PARREÑO, J.J., (dir.) *Custodia Compartida y protección de menores*,

Cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010.

VENTOSO ESCRIBANO, A. *La representación y disposición de los bienes de los hijos*". Edit. Colex, Madrid 1989.

VIÑAS MAESTRE D. "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda" en Revista para el Análisis del Derecho, InDret 3/2012, Barcelona 2012, pp. 1-55. www.indret.com. Consulta 30/01/2015.

ZANÓN MASDEU, L. *Guarda y custodia de los hijos*. Edit. Bosch. Barcelona 1996.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*. Edit. Bosch, Barcelona 2013.