



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

Curso 2016/2017

**El Régimen de la Custodia Compartida
en España. Análisis Comparativo del
Derecho Común y Comunidades
Autónomas con Derecho Civil Propio.**

Nombre del estudiante: ANTONIO LÓPEZ ÁVILA

Tutora: ESTHER TORRELLES TORREA.

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento Derecho Privado

Derecho Civil

**El Régimen de la Custodia Compartida en España.
Análisis Comparativo del Derecho Común y
Comunidades Autónomas con Derecho Civil Propio**

**The Regime of Shared Custody in Spain.
Comparative Analysis of Common Law and
Autonomous Communities with Civil Law**

Nombre del estudiante: Antonio López Ávila

e-mail del estudiante: antoniolop@usal.es

Tutora: Esther Torrelles Torrea

RESUMEN:

Hoy en día cada vez es mayor el número de casos en los que se pide al juez que otorgue la custodia compartida a ambos progenitores. Hay sectores que están en contra de esta medida y otros a favor, pero es innegable los beneficios que la guarda y custodia posee, sobre todo frente a la custodia exclusiva de uno de los progenitores. En este trabajo vamos a analizar la custodia compartida, tanto desde el punto de vista del Derecho común como de los Derechos propios de las Comunidades Autónomas que tenga competencia para ello. También nos referiremos al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado el 10 de abril de 2014. Y por último intentaremos hacer una serie de reflexiones para una futura modificación del Anteproyecto de 2014.

PALABRAS CLAVE: Custodia Compartida, Custodia Exclusiva, Progenitores, Derecho de Familia, Comunidades Autónomas.

ABSTRACT

Nowadays, the number of cases wherein the judge is requested to bestow joint custody is increasing. There are clusters of people who oppose this measure, whereas some are in favour of this custody system, but the fact that the joint custody has high levels of profit is unquestionable, especially compared to sole custody of one of the parents. In this work we will analyze shared custody, both from the point of view common law and the rights of the Autonomous Communities own competence. We will also refer to the Proposed Draft Law on the exercise of parental co-responsibility and other measures to be adopted after the rupture of coexistence, approved on April 10, 2014. And finally we will try to make a series of reflections for a future modification of the Preliminary Draft 2014.

KEYWORDS: Shared Custody, Exclusive Custody, Progenitors, Family Law, Autonomous Communities.

Este Trabajo se lo dedicó a todas esas personas que siempre me han apoyado durante esta aventura. Son muchos los nombres que tendría que decir, que llenarían varias páginas de este trabajo.

Gracias Familia y Amigos.

ÍNDICE:

ABREVIACIONES:	7
INTRODUCCIÓN:	8-9
1. CONSIDERACIONES GENERALES:	10-20
1.1 Concepto de custodia compartida y tipologías.....	10-16
1.1.1 Concepto de Custodia Compartida.....	10-14
1.1.2 Tipologías de Guarda y Custodia Compartida.....	14-16
1.2 Incorporación de las Custodia Compartida en el Ordenamiento Jurídico Español: un antes y después de la promulgación de la Ley 15/2005.....	16-18
1.3 La custodia compartida: visión europea de esta figura jurídica del derecho de familia.....	18-20
2. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN. CÓDIGO CIVIL Y ANTEPROYECTO DE LEY DE 2014:	20-38
2.1 Código Civil.....	20-32
2.1.1 Por acuerdo de los progenitores.....	21-27
2.1.2 Por decisión judicial cuando falta el acuerdo de los progenitores...27-31	
2.1.3 Criterios señalados en la Jurisprudencia que deben seguir los jueces y tribunales para fijar la guarda y custodia compartida.....	31-32
2.1.4 Supuestos donde no procede la guarda y custodia compartida.....	32
2.2 Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado por Consejo de Ministros con fecha de 10 de abril de 2014.....	33-38
3. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS.....	38-45
3.1 Aragón.....	38-40
3.2 Cataluña.....	40-41

3.3 Navarra.....	42-43
3.4 País Vasco.....	43-44
3.5 Comunidad Valenciana.....	44-45
4. REFLEXIONES PARA UNA FUTURA REFORMA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE 2014.....	45-47
5. CONCLUSIONES.....	47-49
6. BIBLIOGRAFÍA.....	49-52

ABREVIATURAS:

Art: Artículo.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOA: Boletín Oficial de Aragón.

BOPV: Boletín Oficial de País Vasco.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CCC: Código Civil de Cataluña.

C DFA: Código de Derecho Foral de Aragón.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

DOCV: Diario Oficial de la Comunidad Valenciana.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

MF: Ministerio Fiscal.

RC: Registro Civil.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN:

La guarda y custodia compartida aparece por vez primera en el ordenamiento jurídico-civil como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio¹.

Tras la ruptura matrimonial de los cónyuges se plantea ante las familias una nueva situación que conlleva la toma de decisiones, fundamentales para regular las nuevas relaciones entre los cónyuges y de éstos con sus hijos para que sean las más idóneas. Entre estas decisiones que deben tomar podemos destacar la elección del sistema de guarda y custodia que en adelante ejercerán los padres para con sus hijos. Esta decisión debe de ejercerse siempre bajo el principio fundamental de interés del menor, puesto que el menor, que es ajeno a esta situación, es uno de los sujetos que se encuentra más afectado, y normalmente el más débil, por ello se debe encontrar el sistema en el que se procure que tenga una vida más equilibrada.

En nuestro ordenamiento jurídico se establece que, en la medida de lo posible, sean los progenitores los que acuerden el sistema de guarda y custodia que crean más conveniente para su situación familiar, porque ellos son los que mejor conocen sus características. Así pues, bajo consenso, pueden decidir entre establecer la custodia compartida o bien una custodia exclusiva a un progenitor con derechos de visitas al otro. Este último era el modelo legal vigente hasta la fecha de entrada de la Ley 15/2005, centrado en el otorgamiento de la guarda y custodia en exclusiva a uno solo de los progenitores, la relación del otro cónyuge con sus hijos se veía reducida a un régimen de visitas, comunicaciones y estancias que dificultaban el ejercicio de sus derechos y deberes paterno-filiales.

En el caso de que esta decisión no fuera posible, ya sea por qué los progenitores no se ponen de acuerdo o porqué el Juez crea que es contraria al interés del menor, el Juez tendrá plenas facultades para decidir el tipo de guarda y custodia que deberá de llevarse a cabo. Decisión que no será arbitraria, sino que se basará en el principio de favor filii y en los requisitos expuestos en el artículo 92 del Código Civil, excepto en el caso de tener derecho civil propio.

¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE-A-2005-11864).

Con la incorporación de la custodia compartida, se trata de fomentar que ambos progenitores se responsabilicen de forma ecuánime de sus obligaciones parentales con sus hijos una vez se haya producido la ruptura². Sin embargo, la puesta en marcha de este modelo de guarda presenta importantes dificultades desde un punto de vista material o económico.

En este trabajo vamos a analizar la custodia compartida, tanto desde el punto del derecho común como de los derechos propios de las Comunidades Autónomas que tenga competencia para ello (Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco), incluiremos también la Ley de Custodia Compartida de la Comunidad Valenciana, aunque haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en Noviembre de 2016.

También nos referiremos al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado el 10 de abril de 2014 por el Consejo de Ministros, que contempla una regulación más exhaustiva de esta institución, proponiendo la modificación del Código Civil. Y reconociendo a esta figura jurídica el papel que le corresponde en el ordenamiento jurídico del derecho de familia.

Y por último intentaremos hacer una serie de reflexiones para una futura modificación del Anteproyecto de 2014, para acercar mejor el derecho común con el de las Comunidades Autónomas que han regulado esta figura jurídica, y disminuir así las diferencias entre las CCAA. Además de poder aprovechar la regulación de estas Comunidades para regular la guarda y custodia a nivel nacional.

² ROMERO COLOMA, A.M. “La guarda y custodia compartida. Una medida familiar igualitaria”. Colección Scientia Iuridica, 2011, pág. 73.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 Concepto de custodia compartida y Tipologías:

1.1.1 Concepto de Custodia Compartida:

Para poder comenzar con este análisis de la custodia compartida tenemos que partir del concepto de esta figura jurídica introducida en el ordenamiento jurídico español en 2005. Pero antes de esto es recomendable dar un concepto de lo que consideramos guarda y custodia, un concepto general, sin el apellido de compartida, exclusiva o partida u otro. Partiendo del concepto que da GUILARTE MARTÍN-CALERO, puede definirse como *“aquella potestad que atribuye el derecho de 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”*.³

Centrándonos en el concepto de custodia compartida, cabe advertir que prescindiremos de las consideraciones terminológicas, ya que existe un debate sobre la terminología de la guarda y custodia compartida, ya que a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, utiliza el término “Compartida”, y antes de esta ley se denominaba “alterna”, “alternativa” o “sucesiva”.

La definición de la Guardia y Custodia Compartida la analizaremos desde tres prismas: en primer lugar nos basaremos en el conjunto de textos legales del ordenamiento jurídico español que regula esta institución jurídica. En el segundo lugar, desde la perspectiva de la doctrina y por último, en tercer lugar nos detendremos en las resoluciones jurisprudenciales.

³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2/2008, pág 4.

a).- *Desde el punto de vista legislativo*, se observa la ausencia de un concepto legal de la figura, exceptuando la legislación valenciana.

Tanto el Código Civil, como el Código Civil Catalán, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, de Navarra y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco, el legislador ha optado por ofrecer un concepto indeterminado de la guarda y custodia compartida, al no definir ni su contenido, ni las funciones ni los diferentes modelos que se pueden utilizar para su ejercicio.

En cuanto al Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), tampoco contiene en su cuerpo normativo una definición concreta de guarda y custodia compartida, entendiéndose por tanto que el legislador aragonés opta por un concepto indeterminado; en el Punto III del Preámbulo de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, refería que *“La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar”*.

La Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Generalitat Valenciana, es la única norma positiva que define lo que denomina *“régimen de convivencia compartida”*, estableciendo en su artículo 3.A dicha definición, *“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”*⁴.

En esta definición podemos ver que se pone el acento en el reparto igualitario de los tiempos de convivencia entre el menor y cada uno de los progenitores, en cambio la Ley aragonesa en su preámbulo resalta como rasgo característico de la custodia compartida

⁴ El Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 16 de noviembre en el recurso de inconstitucionalidad 3859/2011, Ponente Sra. Dña. Adela Asua Batarrita, ha anulado en su totalidad la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

el ser un sistema de ejercicio de guardia y custodia que fomenta la corresponsabilidad de los padres.

b).- *Desde el punto de vista doctrinal*. La doctrina está dividida en dos tendencias, una parte de los autores configura la guardia y custodia como una materialización de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad, aceptando como correcta la utilización del término “compartida”.

Y la otra tendencia la forman los autores que consideran inadecuado el uso del término “compartido” ya que piensan que se identifica la guardia y custodia con el principio de simultaneidad. Advierten que una vez finalizada la convivencia entre la pareja ya no queda nada por compartir, y abogan por el uso del término “alterna”, “alternada” o “sucesiva”.

Dentro de la primera tendencia tomamos en consideración la definición de DE LA IGLESIA MONJE, *“la custodia compartida sería aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir, de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”*.⁵

⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M.I, “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial.” *RCDI (Revista crítica de derecho Inmobiliario)*, Madrid, 2012, número 732, pág 2298-2299.

Encontramos otros autores dentro de esta corriente que define la custodia compartida, como HERNANDO RAMOS: “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” (HERNANDO RAMOS, S, “El informe del Ministerio Fiscal en la guardia y custodia compartida” *Diario La Ley*, nº 7206. Sección Tribuna 29 de junio de 2009), otro autor sería CRUZ GALLARDO: “la custodia compartida es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de periodos 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 (principio 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 periodos de vacaciones” (CRUZ GALLARDO, B, “Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales” *La Ley* 2012, pág. 424.). También AGUILAR CUENCA: “la custodia compartida es aquella en la que se distribuyen los espacios y tiempos de convivencia considerando las capacidades, deseos y necesidades de los progenitores y de los hijos, desde un punto de vista de igualdad y mutua necesidad de las partes. (AGUILAR CUENCA, J.M, “*Tenemos que hablar, cómo evitar los daños del divorcio*” Editorial Taurus 2008, pág 147).

Los elementos que podemos extraer de esta definición son:

- Se trata de una situación que se produce tras la crisis matrimonial.
- Se debe producir una situación de respeto y colaboración por parte los progenitores para poder conseguir la viabilidad de la custodia compartida.
- Se precisa una situación de equidad y frecuencia entre ambos progenitores para la comunicación con sus hijos.
- Distribución de forma justa y proporcional del cuidado y mantenimiento de las necesidades de los hijos.
- Creación de un sistema ágil para resolver los futuros desacuerdos entre ambos progenitores.

Dentro de la segunda tendencia citamos como más representativos a:

-PÁRAMO AGÜELLES: *“el ejercicio de la guarda y custodia compartida consiste en establecer un régimen alternativo de convivencia de los hijos con uno u otro progenitor, por semanas, meses, o número de días alternos, en una y otra vivienda.”*⁶

-GUILARTE MARTÍN-CALERO: *“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 derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja”.*⁷

-PÉREZ UREÑA: *“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”.*⁸

c).- Y por último ***desde el punto de vista de los Tribunales de Justicia.***

La custodia compartida ha sido en gran medida desarrollada por la jurisprudencia, mucho antes de que fuera regulada en el Código Civil, algunos tribunales optaban por ella como modelo. No solo han definido la custodia compartida, sino que han dado

⁶ DE PÁRAMO AGÜELLES, M, “La guarda y custodia compartida: ¿Una medida excepcional en nuestro derecho positivo? *Revista de Derecho Vlex*, núm 75 Diciembre 2009, pág.3.

⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, “Comentarios al nuevo artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIÉRREZ, V, “Comentarios a la Reforma de la separación y el divorcio” *Lex Nova*, Valladolid, 2005, pág 156.

⁸ PÉREZ UREÑA, A.A, “El interés del menor y la custodia compartida” *Revista de Derecho de Familia*, número 26, 2005, pág 275.

pautas o criterios para saber si es el mejor modelo según el caso concreto, entre otros aspectos. Hemos elegido estas dos sentencias de la AP de Barcelona para ver el concepto que tienen los tribunales de justicia sobre la custodia compartida, Cataluña ha sido una de las CCAA que más ha desarrollado la custodia compartida tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

-SAP Barcelona de 9 de Marzo de 2007⁹, que define la guarda y custodia como *“aquella modalitat de exercici de la responsabilitat parental surgida tras la crisis de la 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 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”*.

-SAP Barcelona de 7 de Noviembre de 2012¹⁰, que establece *“la coparentalidad o parentalidad conjunta o custodia compartida se puede definir como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padre separados en relación a todo cuanto se centre en los hijos comunes, el respeto al derecho de los niños a continuar en contacto, afectivo y realmente con un padre y una madre”*.

1.1.2 Tipologías de Guarda y Custodia:

Antes de dedicarnos a la tipología que tiene la guarda y custodia compartida, consideramos conveniente describir los modelos de guarda y custodia que existe en nuestro ordenamiento jurídico¹¹:

- a) La **guarda individual o exclusiva**: ejercida solo por uno de los progenitores. Podemos diferenciar los supuestos en los que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones.

⁹ SAP de Barcelona, Sección 12ª de 9 de Marzo de 2007 (La Ley 14713/2007).

¹⁰ SAP de Barcelona, Sección 12ª de 7 de Noviembre de 2012 (La Ley 198857/2012).

¹¹ BERROCAL LANZAROT, A.I, “Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida”, La Ley Derecho de familia, Nº 11, 2016, LA LEY, pág. 2.

- b) La ***guarda distribuida de los hijos o guarda partida***: representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el CC parte de procurar la no separación de los hermanos¹². Supone la posibilidad de que el cuidado de alguno de los hijos sea a cargo de un progenitor y del otro u otros de los hijos a cargo del otro padre o madre; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. El régimen de estancias entre los hijos debe garantizar no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal.
- c) La ***guarda atribuida a un tercero***: se prevé en el artículo 103 del Código Civil que con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor. Este supuesto es excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuada.
- d) La ***guarda conjunta o compartida o alterna entre los progenitores***: ambos progenitores comparten la titularidad y el ejercicio de la potestad y cada progenitor ostenta la guarda en los periodos de tiempo fijado que los hijos menores permanecen en la compañía de cada uno de los progenitores. Y dentro de esta modalidad encontramos varias tipologías o variedades:
- La guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuesto en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda.
 - La guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores, los hijos permanecen parte del tiempo con uno u

¹² Art 92.5 CC: “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”.

otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, semanas, por meses o por años o cursos académicos o escolares.

- La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores, son los padres lo que entran y salen del único domicilio. Esta custodia se suele denominar “tipo nido”.
- Y según señala PÉREZ MARÍN¹³ existe una cuarta categoría, que es la custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores. El menor permanece más tiempo con uno de los progenitores, el otro participa en sus tareas diarias.

Esta clasificación se puede resumir en dos: custodia “tipo nido” y custodia con cambio de domicilio para los hijos que a su vez puede ser con una atribución de la vivienda al progenitor no titular, una atribución de la vivienda al progenitor titular u optar por no atribuir la vivienda a ninguno de ellos.

1.2 Incorporación de la Custodia Compartida en el Ordenamiento Jurídico Español: un antes y después de la promulgación de la Ley 15/2005:

Antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, la guarda custodia de los hijos menores tras la crisis matrimonial de los progenitores, podía ser acordado por los cónyuges y si no había acuerdo o no se aprobaba el mismo debía decidirse judicialmente.

Siguiendo la redacción anterior del art. 90.I A) CC¹⁴, el convenio regulador debía determinar la persona a cuyo cuidado debían de quedar los hijos menores sujetos a la patria potestad de ambos, su ejercicio y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio. Su modificación por la Ley 15/2005 pretendió, sin mencionarlo, que la custodia compartida pudiera ser pactada en el convenio regulador. Se eliminó la expresión «*régimen de visitas*» y se estableció que se pactara el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva *habitualmente* con ellos.

¹³ DE TORRES PEREA, J.M, “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, Barcelona, número 4/2011, Pág. 41.

¹⁴ BOE núm. 206, de 25/07/1889.

Es en el artículo 92 CC donde se regula la guarda y custodia como medida judicial definitiva, el precepto en el que la Ley 15/2005 incorporó la custodia compartida. Antes de la modificación recogía cuestiones relacionadas con la patria potestad, su ejercicio y funciones.

La reforma incidió principalmente en la guarda y custodia propiamente dicha, manteniendo igual el resto del contenido del artículo 92 CC como que las crisis matrimoniales no eximen a los padres de sus obligaciones con sus hijos (Párrafo I), acordar la privación de la patria potestad en la sentencia de nulidad, separación o divorcio (Párrafo III), entre otras.

Además de introducir la custodia compartida, la Ley 15/2005 modificó el párrafo IV del art. 92 CC. En la redacción anterior se decía: *“Podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”*. Se distinguía entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, incluía además la atribución del cuidado de los hijos a uno u otro progenitor.

Con relación a la guarda y custodia de los hijos, conforme al anterior párrafo IV del art. 92.4 CC, el juez decidía que su cuidado correspondiera a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. Por tanto, aun cuando los padres ostentaran la patria potestad conjunta, se preveía que la guarda y custodia correspondiera a uno de ellos, salvo que otra cosa acordaran los cónyuges y fuera aprobado por el juez. También lo podemos deducir del art. 159 CC o del art.103 CC.

La custodia individual o exclusiva de uno de los progenitores era la modalidad de guarda que se adoptaba normalmente antes de la reforma de la Ley 15/2005. Pero como señalábamos anteriormente, sí era posible el ejercicio compartido de la custodia si era pactado por los cónyuges, aunque el reconocimiento de la institución en nuestro ordenamiento jurídico no fue hasta la aprobación de dicha reforma. Las decisiones judiciales habitualmente resolvían conforme a un modelo que se basaba: primero en conceder la guarda y custodia de los menores habitualmente a la madre y segundo en establecer un régimen de comunicación, estancias o visitas más o menos flexible a favor del progenitor no custodio, y atribuyendo el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge a los que se les otorgara a la guarda y custodia.

En la praxis judicial imperaba un sistema de custodia individual, no así a favor de la custodia compartida. En este sentido, La SAP de Valencia de 10 de enero de 2001 señalaba que, salvo supuestos puntuales que pudiesen aconsejarla, el criterio de la Sala es la no concesión a los padres de la guarda y custodia compartida de los hijos. Esta SAP de Valencia cita como ejemplo la SAP de Madrid de 17 de febrero de 1998 en la que se decía que la custodia compartida es una medida que dentro del Derecho español podría calificarse de excepcional, ya que no lo ha contemplado el legislador y el CC regula que será el juez es el que debe tomar la decisión sobre la guarda y custodia. Sin embargo, actualmente vemos claramente que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es favorable al establecimiento de regímenes de custodia compartida tras la reforma de la Ley 15/2005. A título de ejemplo, lo podemos ver en varias STS, como por ejemplo al STS de 25 de abril de 2014¹⁵: *“la redacción del art. 92 CC no permite concluir que se trate (custodia compartida) 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 de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y cuanto lo sea”*. Y otro ejemplo la STS de 25 de mayo de 2013, donde califica la custodia compartida como el modelo *“deseable”* o *“la mejor solución”*.

1.3 La custodia compartida: visión europea de esta figura jurídica del derecho de familia:

En este apartado vamos a hacer un recorrido por los países de nuestro entorno, viendo cómo se recoge en los países europeos esta institución jurídica de la custodia compartida¹⁶.

La primera aproximación o parada en este recorrido que vamos a iniciar es **Francia**, donde se promulgó la Ley 2002-305, de 4 de Marzo de 2002 que modifica el Code Civil y autoriza el sistema de *résidence alternee* (residencia alterna) del hijo menor cuando sus padres no conviven.

¹⁵ STS de 25 de abril de 2014, nº 200/2014. La Ley 51101/2014.

¹⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentes en la futura Ley estatal de custodia compartida”, *La Ley Derecho de familia, Nº 11, Tercer Trimestre de 2016*, Editorial LA LEY.

ARAMBURU MUÑOZ, I; CHATO FRANCO, M; MARTÍN MARÍA, B; PÉREZ-VILLAR APARICIO, R, *“Estudios de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida”*, coord. Rosa Pérez-Villar Aparicio, Themis, Asociación de mujeres juristas, Madrid, 2007, pág. 27-48, 56-58 y 69.

El sistema del cuidado compartido de los hijos constituye la regla general en Francia. No es necesario que las partes lo pacten y ni tan sólo que uno de ellos la inste judicialmente. Como se desprende del artículo 373-2 inciso 1 del Código Civil Francés, el régimen posee una vocación general, más allá de la situación que, en concreto, origina su adopción, recibiendo aplicación por la sola separación de los padres, salvo en los casos de excepción previstos por el legislador. Y el artículo 373.2.9 del Código Civil Francés concede facultades al Tribunal para establecer, en caso de desacuerdo de los progenitores, si lo considera conveniente para el interés del menor, un sistema de residencia alterna, aunque los progenitores se opongan al sistema escogido por el juez.

En *Inglaterra* y *Gales*, la Children Act 1989¹⁷ (Ley de los Niños de 1989) dispone que el juez, a través de una residence order (orden de residencia) determine con quien va a vivir el menor tras la ruptura de la convivencia de los padres y permite expresamente la instauración de la residencia compartida (shared residence).

En *Escocia*, la Family Law Act (Ley de Derecho Familiar) 2006 autoriza al juez a otorgar la guarda y custodia compartida en los casos de falta de acuerdo, siempre que se proteja convenientemente el interés superior del menor.

En *Irlanda*, la Irish Family Act (Ley de Familia Irlandesa) de 1996 y la Irish Children Act (Ley de los Niños Irlandeses) de 1997, regulan la custody (custodia) como función de un progenitor de proporcionar el cuidado diario físico necesario y de encargarse de la crianza y educación del menor, sin que exista previsión legal alguna sobre la custodia compartida.

En cuanto a *Bélgica* regula el tema en la Ley de 18 de julio de 2006 que introdujo la custodia compartida bajo la denominación de résidence égalitaire, el artículo 374.2 (residencia igualitaria), considerándola como el modelo de custodia preferente, siempre y cuando sea solicitado por uno de los progenitores.

En *Italia*, el Codice Civile (Código Civil) modificado por la Ley 54/2006 de 8 de febrero, prevé expresamente la posibilidad de que el juez pueda establecer, cuando lo considere oportuno y conveniente para el menor un régimen de affidamento congiunto o alternato (Custodia conjunta o alternativa), recogida en el artículo 6 de la Ley de Divorcio.

¹⁷ Children Act 1989, secciones 8(1), 9, 12(2).

En *Alemania* su código BGB no contempla expresamente la institución de la custodia compartida o la residencia alterna del menor, pero no existe obstáculo procesal o sustantivo alguno para establecerse como régimen si los progenitores así lo acuerdan.

El *Código Civil Austriaco* (ABGB), admite la instauración pactada de la custodia compartida, pero, en defecto de acuerdo, el juez debe atribuir la custodia exclusiva a uno u otro progenitor.

Y terminamos este recorrido en *Noruega* que se reserva la guarda y custodia compartida únicamente para los casos en que exista acuerdo entre los progenitores.

Vemos que en Inglaterra, Gales e Italia la decisión sobre la adopción de la custodia compartida depende del juez, exceptuando a Irlanda que como Alemania no la contempla. En Francia y Escocia también tiene la decisión el juez, a falta de acuerdo entre los progenitores. Apreciamos que estos países conceden un papel muy relevante al juez a la hora de decidir el sistema de guardia y custodia compartida.

En Noruega y Austria, la guardia y custodia compartida debe ser pactado por los progenitores de los hijos menores. Y en Bélgica, debe ser pedida por uno de los progenitores, para que la apruebe el juez.

En España podrán los padres adoptar la custodia compartida en el convenio regulador, o cuando sea pedido por uno de los progenitores podrá adoptar el juez este sistema de guarda y custodia cuando considere que es el más adecuado, según podemos extraer del art. 92 CC.

2. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN. CÓDIGO CIVIL Y ANTEPROYECTO DE LEY DE 2013 Y 2014

2.1 El Código Civil:

Como hemos advertido en repetidas ocasiones, la custodia compartida es introducida por la Ley 15/2005. El código civil en su artículo 92.5 CC alude de forma expresa a la guarda y custodia compartida: *“Se acordara el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regular o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptara las*

cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda estableciendo, procurando no separar a los hermanos”. Por tanto de aquí podemos extraer que la custodia compartida la podrán pedir ambos progenitores de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, acompañado del convenio regulador en el que se establece la decisión de esta modalidad de guarda y custodia. También se podrá optar a esta categoría de custodia, cuando los progenitores lleguen a un acuerdo durante el procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

La Ley 15/2005, cuando introdujo la custodia compartida, lo hizo distinguiendo el supuesto en que la adopción fuera de mutuo acuerdo por los padres o solo instada por uno solo de ellos, faltando por tanto el consenso entre ambos.

2.1.1 Por acuerdo de los progenitores:

El apartado 5 del art. 92 CC, regula la adopción de la custodia compartida de forma consensuada. Lo importante es que los padres, en definitiva, quieren ejercer la custodia de sus hijos menores alternándose cada uno de ellos en su cuidado. Sin embargo el artículo 92.5 CC dispone que se podrá acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia, aunque no necesariamente el juez lo admitirá. La concesión de la custodia compartida no es automática, aun cuando lo soliciten así los padres de mutuo acuerdo. El juez tiene que constatar que dicho sistema de guarda es el más idóneo al interés del menor, además de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Así lo afirma en la STS de 27 de abril de 2012 (RJ 2012, 6105), “... *el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste*”.

En el caso en que el juez atribuya la guarda y custodia compartida a los progenitores que lo hayan solicitado de mutuo acuerdo, debe fundamentar su resolución teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor y en la idoneidad de dicho sistema de custodia elegido, podemos extraer estas conclusiones del art. 92.5 CC in fine: “... *Las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido...*”. El juez no solo supervisa que la decisión tomada por los progenitores de mutuo acuerdo sea conforme al interés del menor, sino también que la modalidad de ejercicio que se haya adoptado se cumple de forma eficaz, puede realizar un seguimiento acordando las cautelas a las que se refiere el precepto.

Además, el juez en su decisión deberá procurar no separar a los hermanos.

Los requisitos que se desprende del artículo 92.5 CC, en primer lugar sería la aprobación del acuerdo o convenio regulador presentado por los progenitores, lo que exige es que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2.I CC). El *principio favor filii* no es disponible por los progenitores y, por tanto, el juez debe hacer prevalecer el mismo.

El apartado 6 del art. 92 CC, introdujo los requisitos que debe tener presente el juez antes de decidir sobre la concreta medida de la guarda y custodia de los menores. Estos requisitos constituyen presupuestos de carácter procesal previos a la adopción de cualquier decisión sobre el régimen de guarda y custodia en general. El mencionado apartado seis comienza disponiendo: *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá...”*.

Por otra parte, tratándose en el supuesto concreto de tener que resolver el juez sobre la idoneidad de la custodia compartida, se entiende aplicable el art. 92.6 CC tanto en los casos en que se solicita en un proceso consensuado por ambos progenitores como en los casos en que el proceso es contencioso y sólo uno de ellos pretende la custodia compartida.

El apartado seis del art. 92 CC establece que el juez, en todo caso, antes de decidir sobre la guarda y custodia, *debe “recabar informe del Ministerio Fiscal y 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, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”*.

A). Requisitos que extraemos del art. 92.6 CC:

a) Como sabemos y según dice el artículo 749.2 LEC, en los procesos de separación y divorcio, es preceptiva la intervención del MF siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor o incapaz. Además de dicha intervención y en cumplimiento del art. 92.6 CC, el juez deberá requerir informe del Ministerio Fiscal antes de acordar cualquier categoría de guarda y custodia, pero dicho informe no es

vinculante. Así lo establece también el art. 777.5 LEC, norma que fue modificada por la Ley 15/2005. Este es el primer requisito que exige el apartado 6 del art. 92 CC.

b) El segundo requisito es la audiencia a los menores. El juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio, si lo estima necesario o a petición del Ministerio Fiscal, las partes, los miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

En el art. 92.6 CC se mantiene la audiencia del menor que ya preveía el apartado II anterior a la reforma. No obstante, se ha suprimido la previsión normativa que entonces disponía que los mayores de doce años debían ser oídos siempre antes de adoptarse medidas judiciales sobre su cuidado y educación. Ahora, el apartado seis prescribe que el menor sea oído siempre que tenga suficiente juicio y se estime necesario, con independencia de la edad. La madurez del menor ha de ser examinada por un profesional especializado, teniendo en cuenta su desarrollo evolutivo como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto. En todo caso, se considera que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos (art. 9.2.I LO 1/1996).

La audiencia del menor es tratada como un derecho, no como un deber, que le permite expresar ante el juez su opinión y propia voluntad, permitiéndole ser escuchado. No debe olvidarse que el criterio legal que preside esta materia y debe observar el juez consiste en procurar el beneficio del menor y todas las medidas relativas al mismo deben estar basadas en la consideración primordial de su interés superior¹⁸.

La vulneración del derecho de audiencia del menor en el procedimiento judicial, correspondiéndole legalmente tal derecho, constituye para el Tribunal Constitucional una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del menor. Podemos citar la STC de 6 de junio de 2005 (RTC 2005, 152) que resuelve un recurso de amparo interpuesto por un padre que ostentaba la guarda y custodia de dos menores, atribuyéndose a la madre la custodia en segunda instancia, por entender lesionado el derecho de los mismos a la tutela judicial efectiva ya que, al adoptarse la modificación de la guarda y custodia, no se tuvo en cuenta la voluntad del menor de más edad.

¹⁸El Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “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”.

c) El tercer y cuarto requisito, son valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, que no vamos a analizar en este trabajo.

d) Y el quinto requisito, y con cierta importancia tanto para la doctrina y la jurisprudencia es la relación entre los padres. En el supuesto de ser la custodia compartida el régimen que se solicita por los dos progenitores o por uno de ellos, la relación entre los padres nos parece esencial y decisiva, en mi opinión, y como también indica PÉREZ CONESA¹⁹, autora que tomamos como referencia, junto con otros autores, pero éstos lo ven desde un punto de vista diferente.

En la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores, se afirma: *“En todo caso, ha de partirse que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común”* (apartado IV, párrafo sexto).

Podemos entender que en esta categoría de guarda y custodia, se necesita como premisa necesaria y aconsejable, que entre los padres exista una relación de entendimiento, respeto, colaboración, dialogo, en conclusión, que su trato mutuo y sus actitudes tengan un efecto positivo en los hijos menores. Es evidente que la propia ruptura de la convivencia entre los progenitores conlleva, por si misma, crisis, tensión y cambio en la situación familiar, pero hay que evitar conflictos mayores y persistentes. La relación que los progenitores mantengan entre sí es decisiva y fundamental. PÉREZ CONESA considera que la custodia alterna o compartida es viable y eficaz si es solicitada por ambos progenitores, de las dos modalidades vista anteriormente, de forma mutua antes del juicio o durante el procedimiento. Existiendo ese consenso será más factible un ámbito de concordia que beneficie al menor y le procure bienestar, seguridad y estabilidad psíquica y emocional. Sin estas premisas, la autora considera que no es posible la adopción de la custodia compartida y si llegara a otorgarse, sería un fracaso en su ejercicio²⁰.

¹⁹ PÉREZ CONESA, C, *“La Custodia Compartida”*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Cizur Menor, 2016, pág. 34-35.

²⁰ Mencionamos un Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón de 22 de junio de 2010, donde da un decálogo para el buen cumplimiento del régimen de guarda y custodia compartida, podemos citar algún ejemplo: nunca desacreditar al otro ex-cónyuge delante de sus hijos, animar a los hijos a que vean con

La opinión de PÉREZ CONESA²¹, junto con otra parte de la doctrina²² y jurisprudencia, consideró que quizás podría matizarse, ya que en muchos casos o en la mayoría la relación entre los progenitores tiende a ser negativa o inexistente, ya que los padres van a luchar por sus intereses, y ambos pedirán la custodia individual, o al menos uno pedirá la compartida de forma subsidiaria. Un elemento esencial y decisivo no puede ser la relación entre ambos progenitores, ya que deberíamos dar unas pautas o elementos para saber o entender, qué significa una relación de buen trato entre ambos padres, ya que las circunstancias varían en cada caso. Si es una relación inexistente o mala, es difícil que la guarda y custodia compartida se lleve a cabo con todas las garantías, pero no es imposible, porque se pueden tomar otras medidas como la figura del coordinador de parentalidad²³. Hay autores que piensan que la relación entre ambos progenitores no puede condicionar la adopción de la custodia compartida²⁴.

Citamos algunos ejemplos jurisprudenciales de ambas posturas, en primer lugar la que considera necesaria la buena relación de los progenitores. En esta línea, la SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2006 (JUR 2007, 140591) sostiene: “*No se considera adecuado atribuir la guarda y custodia de forma compartida cuando, como en el caso*

frecuencia a su otro padres, no utilizar a sus hijos como mensajeros entre usted y su ex-cónyuge, entre otros (PROV 2010\257142).

²¹ PÉREZ CONESA, C, “La Custodia...”, op., cit., pág. 34-36.

²² ROMERO COLOMA opina que “cuando las relaciones, y el marco de la relación entre ambos progenitores, son objeto de continuos enfrentamientos, discusiones y graves roces, es evidente que no estamos ante el marco adecuado para que el hijo pueda desarrollarse en libertad y forjar, en el futuro, su personalidad de una forma estable y armónica”. R.C, A.M, “Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 833, 2013. O GUILARTE MARTÍN-CALERO: “la exigencia del acuerdo de cooperación activa y de corresponsabilidad que para el buen funcionamiento del sistema debe existir, no se da en los supuestos de ruptura conflictiva en los que la relación humana no puede reconstruirse, ni siquiera en interés de los hijos”. G. M-C, C, “La custodia compartida alternativa”, *InDret*, núm 2/2008, pág. 15.

²³ El **coordinador de parentalidad** es una figura que surge en los años 90 e EEUU y Canadá para la normalización de las relaciones parentales después del conflicto matrimonial o de la pareja, en contexto de conflictividad grave. Los cónyuges no siempre se hallan en disposición de ofrecer esta colaboración que exige la custodia compartida, produciéndose situaciones conflictivas en el cumplimiento de las sentencias, que exigen a intervención de los tribunales. El coordinador de parentalidad se presenta como un auxiliar o colaborador del juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de la nueva situación en un clima pacífico que permita que, en un tiempo, la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarse. Rigen los principios de especialidad, neutralidad, eficacia y confidencialidad. BERROCAL LANZAROT, A. I, “Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, *LA LEY*, pág. 27.

²⁴ DE TORRES PEREA sostiene que “los críticos de la custodia compartida opinan que esta es solo viable en supuestos ideales de plena colaboración entre los progenitores. Olvidan que un divorcio existirán siempre tensiones, por lo que dicha situación idílica simplemente no se dará. Sin embargo, las investigaciones han demostrado que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los padres”. D.T.P, J.M, “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, Nº4, 2011, pág. 18.

de autos, los progenitores plantean continuos enfrentamientos, que en ocasiones son presenciados por los menores, quienes teniendo buena relación afectiva con ambos, se hallan en la tesitura de tener un conflicto de lealtades, La comunicación entre las partes es inexistente y no pueden llegar a los mínimos acuerdos, como ocurre palmariamente con la elección de colegio, que ha sido objeto de controversia... esta situación no se considera idónea para acordar la guarda y custodia compartida..., pues ello implicaría tensiones y desacuerdos constantes entre las partes que como se ha constatado, serán de difícil concierto entre ellos, derivando la situación en una desarmonía constante para los menores, lo que evidentemente no puede redundar en su equilibrado desarrollo, que ambos progenitores deben procurar” (Fundamento de Derecho Tercero).

En la SAP de Barcelona, de 12 de enero de 2006 (JUR 2006, 84815) se afirma: *“Existe una opinión muy generalizada en el mundo de la psicología y en la Jurisprudencia menor, tendente a rechazar la custodia compartida en aquellos supuestos en que no existe conformidad o acuerdo entre ambos progenitores, y aun en los supuestos en que existe buena relación se ha denegado por no concurrir ciertas condiciones de coordinación entre padre y madre en determinados aspectos de la vida cotidiana de los niños”.*

Otro ejemplo es la STS de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015, 564) estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 100161). En esta última, se desestimó el recurso de apelación declarando: *“En el supuesto de autos, se detecta en la valoración de las pruebas practicadas un importante nivel de tensión... habitual en casos de crisis matrimoniales, y motivado en buena medida por desencuentros y discrepancias serias en torno al colegio en el que el menor deba estar escolarizado; el grado de conflictividad es contrario al clima de diálogo sosegado entre los progenitores, a la comunicación fluida y al entendimiento entre los mismos, y permite inferir que la custodia compartida no sea la solución sino un semillero de problemas que intensifique la judicialización de la vida de los litigantes e incida negativamente en la estabilidad del menor. En consecuencia, no puede alcanzarse la conclusión de que la custodia compartida sea la forma de protección más adecuada del interés del hijo menor, de su bienestar, estabilidad y equilibrio emocional, lo que lleva a la desestimación de la petición principal del recurso...”.*

En segundo lugar, se han dictado sentencias en las que no se exige la buena relación entre los padres como criterio para decidir la custodia compartida, así señala la STS de 22 de julio de 2011 (RJ 2011, 5676): *“En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTS, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011²⁵) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que 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, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad... De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*. La STS 154/2012, de 9 de marzo (La Ley 31826/2012), *“las relaciones entre los cónyuges por si 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”*. La STS 51/2016, de 11 de febrero (La Ley 3328/2016) sostiene que *“el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia”* (Fundamento Derecho 4).

2.1.2 Por decisión judicial cuando falta el acuerdo de los progenitores:

En este apartado vamos a abordar las situaciones en las que la toma el juez, como consecuencia de la falta de acuerdo de las partes.

Para ello nos centraremos en el art. 92.8²⁶ CC, que regula los presupuestos que deben cumplirse para que el juez pueda atribuir la guarda y custodia compartida faltando acuerdo por parte de los progenitores y, por tanto, tratándose de un proceso contencioso. La Ley 15/2005 introduce en el artículo 92 dos supuestos: que sean los propios padres quienes la acuerden (apartado cinco) o que sea el juez quien la imponga en ausencia de conformidad sobre la misma (apartado ocho).

²⁵ STS de 11 febrero 2011, núm. 54/2011, Ponente Ilma. Encarnación Roca Trias.

²⁶ Dispone el apartado 8 del Art. 92 CC: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”

De acuerdo con el tenor literal del apartado 8, deben concurrir tres requisitos para que pueda el juez decretar «*excepcionalmente*» la custodia compartida en estos casos:

- solicitud de uno de los progenitores;
- informe del MF, favorable o no;
- fundamento de la medida en que «sólo de esa forma» queda protegido el interés superior del menor.

A). Breve análisis de cada uno de los requisitos mencionados:

a) En cuanto al primer requisito, la custodia compartida únicamente podrá ser otorgada por el juez si, al menos, uno de ellos así lo insta. Lo habitual, es que el otro progenitor solicite la custodia para si en exclusiva.

El CC no prevé los supuestos en los que pueda ser concedida la custodia compartida cuando ninguno de los progenitores la haya solicitado en el proceso de separación, divorcio o nulidad.

Existen discrepancia en torno al requisito dispuesto por el art. 92.8 CC de petición por una de las partes cuando hay oposición del otro progenitor, preguntándose por qué no va a poder otorgarla el juez si considera que es lo más conveniente para el interés superior del menor, aunque ambos progenitores soliciten la custodia individual para sí²⁷. En la Ley 15/2005 no se introdujo la custodia compartida como modelo de guarda que pueda atribuirse de oficio, sino que lo condicionó, entre otros requisitos acumulativos, a la petición de al menos uno de los progenitores.

Si se hubiese establecido que, faltando acuerdo de los progenitores, podrá el juez acordar la custodia compartida cuando cada uno de ellos inste la custodia para sí en exclusiva, entonces podría defenderse que es una medida cuyo otorgamiento es apreciable de oficio, pero no lo dice así el apartado 8. Comienza dicho apartado: “*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este*

²⁷ “Probablemente, el art. 92.8 está pensando en los casos en los que un progenitor solicita la custodia individual y el otro la compartida. Pero pueden darse casos también, en los que ambos soliciten la custodia individual para sí. Si el Juez, en vista de las circunstancias, considera que lo que más conviene a los hijos es la custodia compartida, siendo esta una materia de orden público donde no rige el principio dispositivo ¿Por qué no va a poder otorgarla?”. ALASCIO CARRASCO, L, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)”, *InDret*, abril 2011, pág. 8.

artículo, el Juez, a instancia de una de las partes...”. Aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco significa que no hay acuerdo entre ambos.

El CC establece la custodia compartida no solo si la solicitan ambos progenitores, sino también cuando lo pidan alguno ellos. Consideramos que al requerirse la petición de al menos de una de las partes, se introduce una exigencia propia del principio dispositivo para conseguir una base sólida para el sistema²⁸. Pero la expresión *excepcionalmente* ha sido eliminada en la práctica por una jurisprudencia correctora, así se observa en un conjunto de sentencias del TS²⁹.

Este tema que estamos tratando, lo veremos con posterioridad ya que el Anteproyecto de Ley sobre esta materia, incluye la posibilidad de que la custodia compartida se adopte de oficio³⁰.

b) En segundo lugar la existencia de un informe del MF, ya sea favorable o no, este requisito fue objeto de gran debate, que tuvo que ser resuelto por el TC. En su redacción original, se especificaba que el juez podía acordar tal sistema de guarda con informe favorable del Ministerio Fiscal. La STC de 17 de octubre de 2012 (RTC 2012/185) declaró inconstitucional y nulo el inciso *“favorable”*. *“La duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene exclusivamente del adjetivo favorable que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal... y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un prius o un requisito de procedibilidad sin el que el Juez o Tribunal no puede juzgar”*, este fue el argumento que utilizó la AP de las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta para interponer la cuestión de inconstitucionalidad.

Para el TC, la razonabilidad de la norma quiebra: *“Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del*

²⁸ ESPARZA OLCINA, C, “La guarda compartida”, en Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005.

²⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X, “Custodia Compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial”, La Ley Derecho de familia, Nº11, 2016, *La Ley*.

³⁰ En el informe emitido por el CGPJ relativo al mencionado Anteproyecto, emitido el 19 de septiembre de 2013, puede leerse: “Ciertamente, el modelo seguido por el Anteproyecto incorpora una novedad relevante, pues para que pueda adoptarse la fórmula compartida de guarda ya no será necesario que, al menos, uno de los progenitores así lo interese”.

Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada”.

Es el juez quien, excepcionalmente y a instancia de una de las partes, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo así se protege el interés superior del menor, siendo éstos los presupuestos establecidos en el art. 92.8 CC.

Según PÉREZ CONESA es al órgano judicial a quien corresponde efectivamente comprobar si concurren los requisitos legales y, siendo así, valorar y juzgar sobre la idoneidad de acordar la custodia compartida como medida excepcional al existir desacuerdo entre los progenitores³¹. Lo que realmente vulnera la potestad jurisdiccional es un informe desfavorable. El juez deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal y resolver con independencia del sentido en que se emita el mismo.

c) Y por último, que la decisión sea tomada teniendo en cuenta que se protege el interés superior del hijo menor³². Si un progenitor solicita la custodia en exclusiva y otro la custodia compartida, el juez podrá adoptar la custodia compartida si así considera que protege más adecuadamente el interés del menor.

Así pues, no queriendo uno de los progenitores la custodia compartida de sus hijos con el otro que sí insta dicha medida, esta se acordará, no obstante, si únicamente así se tutela adecuadamente el principio fundamental del favor filii, debiendo el juez fundamentar su resolución precisamente en el interés superior del menor y en que otro sistema de guarda no respondería al mismo.

Vamos a citar algunos ejemplos del Tribunal Supremo donde apoya y confirma la custodia compartida en ambos modelos, de mutuo acuerdo o pedida por uno solo progenitor. En la STS de 29 de abril de 2013, en el fundamento de derecho cuarto, declara como doctrina jurisprudencial que “... *la redacción del artículo 92 no permite*

³¹ PÉREZ CONESA, C, «Inconstitucionalidad del inciso «favorable» del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Cizur Menor, n.º 9, 2013, p. 67.

³² La STS de 12 de abril de 2016 (La Ley 29688/2016) recoge el concepto de interés superior del menor en estos términos: “El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la LO 8/2015 de 22 de julio, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de su relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativa 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”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Custodia Compartida. Vigencia y práctica...”, op., cit.

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”. Siendo declarado como doctrina jurisprudencial, en varias resoluciones posteriores del TS, como las sentencias de 2 de julio de 2014 (RJ 2014, 4250) y de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015, 564), se reitera que la custodia compartida debe entenderse como una medida normal (Fundamento de Derecho Segundo).

2.1.3 Criterios señalados en la Jurisprudencia que deben seguir los jueces y tribunales para fijar la guarda y custodia compartida:

La jurisprudencia ha intentado aclarar la escasa legislación relativa a la custodia compartida enumerando una serie de criterios que debe seguir el juez a la hora de conceder la custodia compartida, ya sea de mutuo acuerdo o solicitada por uno solo de los progenitores. Dichos criterios fueron señalados por la STS de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 4606), y se han repetido en ulteriores pronunciamientos como las SSTS de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2329), 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340), 7 de julio de 2011 (RJ 2011, 5008), 22 de julio de 2011 (RJ 2011, 5676), 9 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5241) y se sienta como doctrina jurisprudencial en la STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269. Fundamento de Derecho Cuarto). Además estos criterios son recogidos en las CCAA con derecho civil propio como veremos más adelante.

Los criterios que se han estimado procedentes para que la valoración del juez sea proclive a la asignación de la custodia compartida son las siguientes:

- La aptitud de los progenitores.
- Las relaciones personales entre los progenitores deben ser de respeto mutuo.
- La practica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor.
- La similitud de estilos de vida y concordancia de opiniones de ambos progenitores en la educación y formación del menor.
- Disponibilidad de los progenitores.
- Ubicación cercana de los respectivos domicilios de los progenitores y de los referentes locativos del menor.
- La voluntad de los menores.

- La edad de los menores.
- Número de hijos.
- El resultado de los informes exigidos legalmente.

2.1.4 Supuestos donde no procede la guarda y custodia compartida:

Para terminar con la regulación de la custodia compartida en el CC, tenemos que hablar del apartado 7 del art. 92 CC, relativo a los casos en los que no procede dicha categoría de guarda y custodia. Los supuestos son los siguientes:

- Cuando alguno 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 ambos³³;
- Cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

La gravedad de dichos supuestos es suficiente justificación para que el juez no acuerde la custodia compartida en ningún caso.

Ante indicios de violencia doméstica o de género, no cabe de ninguna manera la custodia compartida. Es muy importante que cualquier forma de violencia sea detectada. En relación con la violencia psicológica, que merece una especial mención, es necesaria una mayor sensibilización, formación y detección, debiendo reconocerse desde una perspectiva legal como una forma más de violencia³⁴. Creemos que ante la más mínima duda de existencia de violencia de cualquier índole, los casos deben ser examinados en profundidad por profesionales muy especializados, equipos forenses con conocimiento y experiencia clínica en trastorno de la personalidad, empleando todos los medios y el tiempo que sean precisos en su identificación.

³³ Caso que encaja en este supuesto se refleja en la SAP de La Coruña (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2015 (JUR 2015, 151397), en el que se concede la custodia compartida, a pesar de que el padre estaba incurso en un proceso penal por delitos contra la madre. No parece lógico ni aceptable la decisión que toma la AP, pese a que se demuestra la absoluta falta de respeto de un progenitor a otro. Por tanto no podría haberse concedido la Custodia compartida, ya que se cumple uno de los supuestos que recoge el art. 92.7 CC. El TS en la sentencia 26 de mayo de 2016 (JUR 2016, 123979), en el que atribuye la custodia a la madre, en el recurso de casación que se presentó contra dicha SAP.

³⁴ PÉREZ CONESA, C, “La Custodia...op.,cit., pág. 79

2.2 Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, con fecha de 10 de abril de 2014.

El Consejo de Ministro aprobó el 19 de julio de 2013 el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, y el 10 de abril de 2014 se modifica el nombre a Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, además de hacer cambios relevantes³⁵. Este anteproyecto propone reformas en varios artículos del CC, de la LEC, Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y de las Leyes del RC de 8 de junio de 1957 y 20/2011.

Este anteproyecto lo que busca es materializar la nueva tendencia del legislador respecto a la custodia compartida, de entre otras materias modificadas. En el apartado V, párrafo segundo de la Exposición de motivos justifica la incorporación al CC de un

³⁵ El primer anteproyecto de 2013, recibió varios informes, uno de ello fue el informe del Consejo Fiscal, donde dice que el anteproyecto considera la posición que toma respecto a la custodia compartida equilibrada, no sigue el modelo de preferencia como en otros países o algunas CCAA con derecho civil propio, y toma un modelo menos radical como el navarro. Y están de acuerdo con no limitar la adopción de la custodia compartida, en relación con el 92.8 bis del anteproyecto de 2013, ya que en la modificación de 2014, se vuelve añadir el elemento de excepcionalidad (como en el actual art.92.8CC), en palabras textuales: “Entendemos es acertado no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes, en un ámbito en el que lo decisivo es el interés del menor y teniendo presente que quien pide lo más (custodia individual) puede llegar a entenderse que pide lo menos (custodia compartida)”.

También existe un informe del CGPJ, y señala que: “En términos generales, la modalidad compartida resulta una opción ventajosa, en tanto posibilita que ambos progenitores participen activamente en el cuidado y la educación de los hijos, con el consiguiente reforzamiento de la cooperación entre los progenitores y la percepción, por parte de los hijos, de que sus padres continúan ejerciendo el rol que les es propio”, también añade ciertos inconvenientes como los continuos cambios de domicilio de los hijos. Otro elemento que analiza es que la custodia compartida no debe negarse o adoptarse por el juez cuando los padres no se pongan de acuerdo, pero critica la posición que adopta el anteproyecto de 2013, sobre que los jueces puedan adoptar la custodia compartida sin que los progenitores la pidan.

Y por último el informe del Consejo de Estado, suscitó disparidad de pareceres la posibilidad de que el juez pueda conceder la guarda y custodia compartida sin petición de parte alguna. Así como el Consejo Fiscal entendió acertada la solución de no condicionar este régimen de guarda a la petición de una de las partes, el CGPJ concluyó que la opción elegida difícilmente puede revertir en interés de los hijos, siendo más que previsible que el otorgamiento de oficio de la guarda conjunta agudice controversias. No obstante, también afirmó que si el prelegislador considera que debiera ser aplicada la custodia compartida en algún caso pese al criterio contrario de ambos progenitores, sería preciso mantener la excepcionalidad recogida en el actual art. 92.8 CC. Considera, al igual que el C. Fiscal y el CGPJ la configuración de la custodia compartida como un modelo ordinario, al mismo nivel que la individual. El C. de Estado sugiere introducir un informe preceptivo del MF como requisito previo, aunque no sea vinculante. Por otro lado, el C. de Estado concluye, al igual que el C. Fiscal en su informe, que debería excluirse en el Anteproyecto la custodia compartida cuando ambos progenitores estén conformes en que el cuidado de los menores se conceda a uno de ellos individualmente o cuando alguno de ellos exprese su negativa a desempeñar la custodia de los mismos.

nuevo art. 92 bis, y la finalidad de este precepto es: *“La introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo...”*.

En el anteproyecto también se dice: *“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”*, y *“la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí.”* Podemos ver que la custodia compartida no se fija como preferente a la exclusiva como sí se hace en algunas leyes autonómicas como la Aragonesa, pero sí deja claro que no es un sistema excepcional, como recoge a día de hoy en CC, y esto es un punto importante ya que elimina muchos de los problemas a la hora de entender la aplicabilidad de la custodia compartida.

La posición que toma el anteproyecto, respecto a la preferencia o no del sistema, me parece algo ambigua, debido a que no establece un modelo preferente, en primer lugar tenemos que dejar a los padres elegir que sistema quieren, en caso de que no haya acuerdo como es lo normal en los casos de nulidad, separación o divorcio, el juez es el que debe decidir qué sistema conviene más al menor, teniendo en cuenta las peticiones de ambos progenitores, pero valorando que la custodia compartida no es excepcional, es una categoría más de guarda y custodia.

Además según la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, esta reforma debe servir también para *“... coordinar y unificar las diferentes normativas vigentes en las distintas Comunidades Autónomas sobre la materia, de forma que constituya el eje sobre el que articulen y desarrollen sus leyes las propias Comunidades Autónomas”*³⁶.

³⁶ Dictamen del Consejo de Estado aprobado el 24/7/2014. Ref: 438/2014.

Nos centraremos exclusivamente en el nuevo artículo 92 bis CC. En el apartado 1 del art. 92 bis se establece que el juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por un solo progenitor o por ambos de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno. La guarda y custodia compartida podrá adoptarla el juez cuando lo soliciten los padres de común acuerdo (propuesta de convenio regulador o acuerdo en el transcurso del procedimiento) o, no mediando acuerdo, cuando cada uno de ellos inste la custodia para sí, pero de forma excepcional. Ello significa que, no existiendo acuerdo entre los padres, podrá, no obstante, el juez disponer que la guarda se ejerza conjuntamente cuando alguno de ellos lo pida, modificación de 2014³⁷, que añade el elemento de excepcionalidad, en el anteproyecto de 2013 no se consideraba así, no imponían el elemento de excepcionalidad, sino que el juez puede adoptar la custodia competida de oficio. Esta es la principal novedad que presenta este precepto. El argumento para el cambio en el Anteproyecto de 2014, fue que se extralimita el principio de congruencia de las sentencias, causada porque el juez decide sobre una medida que no ha sido pedida por las partes en la demanda.

En comparación con el art. 92 CC vigente, el Anteproyecto va más allá, pues como hemos analizado, en caso de desacuerdo de los progenitores sólo se puede adoptar el ejercicio compartido de la custodia *excepcionalmente* si lo solicita uno de los progenitores (art. 92.8 CC) y en ningún caso se pronunciará el juez sobre tal régimen de guarda si ninguno lo solicita.

Se pretende en el Anteproyecto de 2014, que el juez pueda adoptar la custodia compartida cuando lo que reclama cada uno de los padres es la custodia para sí, cuando así se proteja mejor el interés del menor y de forma excepcional. PÉREZ CONESA³⁸ y otros autores lo consideran un despropósito por imponer a los padres un sistema que ninguno quiere. En mi consideración, la posibilidad de que el juez pueda adoptar la custodia compartida, aunque sea de forma excepcional sin que sea solicitada por los progenitores, ni de forma acordada o a petición de uno, no me parece un despropósito,

³⁷ Se ha trasladado al Anteproyecto de 2014 parcialmente la observación realizada al respecto en el informe del CGPJ, pues en éste se dice expresamente que: "... si el prelegislador considera que en algunas situaciones la guarda conjunta debiera ser aplicada en algún caso, pese al criterio contrario de ambos progenitores, sería preciso mantener la excepcionalidad que recoge el vigente artículo 92.8, de manera que tal opción sólo fuera factible cuando únicamente de ese modo se protegiera adecuadamente el interés del menor".

³⁸ PÉREZ CONESA, C, "La Custodia...", op.,cit., pág. 105-106.

ya cada progenitor mira por sus intereses, y no por los de sus hijos, claramente este pensamiento tiene excepciones. Por tanto el juez, experto en derecho, tendría un criterio más parcial y en busca del interés superior del menor, por eso no me parece una idea descabellada que el juez decida la adopción de la custodia compartida, siempre evidentemente motivada en derecho. Además me parecía mejor el texto original del anteproyecto de 2013, que no añadía el elemento de excepcionalidad.

En el art. 92.2 bis CC, el juez también debe pronunciarse, conforme a su apartado dos, sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio. Asimismo, el juez podrá establecer un régimen para que los menores se relacionen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, siempre que no medie oposición expresa de los interesados.

Y a diferencia del actual art. 92 CC, se fijarían ya los criterios a los que, en todo caso, deberá prestar especial atención el juez, dispuestos en el párrafo segundo del art. 92.4 bis CC, entre los cuales destacamos: la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; 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. Además de los anteriores, deberá tener en cuenta la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; la situación de sus residencias habituales, la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, el número de hijos y cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia. Muchos de ellos son los que ha fijado la jurisprudencia para atribuir la custodia compartida como vimos anteriormente, ahora ya están plasmados en la legislación.

El párrafo primero de ese mismo apartado 3 del art. 92 bis, no supone ninguna novedad, coincidiendo en gran parte con el vigente art. 92.6 CC, en el que se establece que el Juez deberá recabar informe del MF, oír a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes y la prueba practicada para determinar la idoneidad del régimen de custodia y de estancia, relación y comunicación. Lo mismo

cabe decir del apartado 3 del art. 92 bis CC, pues básicamente recoge lo dispuesto en el actual art. 92.9 CC con relación al dictamen de especialistas debidamente cualificados.

Si se introduce una importante modificación con respecto al contenido del art. 92.7 CC, en el cual se prevén los supuestos en los que no procederá la guarda conjunta. En el art. 92 bis.5 CC, se establecen los casos en los que no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos ni individual ni compartida. No se adoptara la custodia compartida cuando uno de los progenitores esté condenado penalmente por sentencia firme por ciertos delitos³⁹. Aquí la novedad es que ahora se requiere estar condenado por sentencia firme, en cambio el art. 92.7 CC, dice que no se podrá conceder la guarda y custodia compartida cuando alguno de los padres este incurso en un proceso penal iniciado por los delitos vistos anteriormente, no requiere sentencia firme. Tampoco podrá atribuirse la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, al progenitor incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados del párrafo anterior y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, Aquí también se produce una novedad ya que aparte de estar incurso en un proceso penal, es necesario una resolución judicial motiva.

Se añade en art. 92.5 bis, que no se concederá la custodia de los hijos si el juez del procedimiento civil advierte, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos delictivos, siempre que el delito no estuviera prescrito. Y de acuerdo con el párrafo segundo del art. 92 bis 5 CC, la sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre dictado en el proceso penal serán causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte.

Si ambos progenitores se encuentran en alguna de las situaciones previstas anteriormente, el art. 92 bis. 6 CC establece que el juez atribuirá la guarda y custodia a los familiares o allegados que, por sus relaciones con los menores, considere más idóneos “...salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado cuarto y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos...”. Esta medida quizás debería matizarse, ya que se

³⁹ Son los siguientes delitos: delitos de violencia de género o domestica 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.

trata de hechos relevantes, no podemos comprender que los hijos menores pudieran estar bajo la guarda y custodia de los progenitores que cumple las circunstancias que los inhabilita para tener la custodia.

Y para terminar el análisis del anteproyecto, el apartado 8 dispone que las medidas relativas a la guarda y custodia y al régimen de estancia, relación y comunicación podrán modificarse o suspenderse si se incumplieran grave y reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.

3. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

3.1 Aragón:

Aragón fue la primera CCAA en regular sobre la custodia compartida en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo 1/2001, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprobó, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas⁴⁰. En estas normas jurídicas se establece la custodia compartida como opción preferente salvo que la individual sea más conveniente.

Nuestro análisis se va a basar en el CDFA, en la Sección 3ª, del capítulo II, del Título II.

En el artículo 80.1 del CDFA se trata la guarda y custodia de los hijos para señalar que cada uno de los progenitores por separado, o de forma común, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos⁴¹.

El apartado 2 del art. 80 CDFA es el que nos interesa ya que fija como forma preferente la custodia compartida⁴². Es un elemento fundamental, ya que es uno de los ordenamientos españoles donde se fija como preferente la custodia compartida, junto

⁴⁰ BOA n.º 111, de 8 de junio de 2010.

⁴¹ Art 80.1 CCA: “Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.”

⁴² Art 80.2 CCA: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores”.

con la legislación valenciana. Pero establece una salvedad, es decir, añade que se adoptara la custodia individual cuando sea la más conveniente. Y añade que se tendrá en cuenta el plan de relaciones familiares que deben presentar cada uno los progenitores, según indica el art. 77 CDFVA, este tipo de pacto, acuerdo o plan, es exigido como hemos visto en el CC y será exigido en el resto de ordenamiento autonómico, como veremos más adelante. Y por último este apartado 2, da una serie de criterios⁴³ que el juez debe tener en cuenta, gran parte de estos criterios son parecidos a los dados por la jurisprudencia, ya que en el CC no se da dichos criterios que deben seguir los jueces y tribunales.

El apartado 3, nos indica que el juez podrá recabar de oficio o a instancia de parte los informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas que considere necesarios para adoptar el modelo de custodia adecuado. Y el apartado 4, añade que el juez en la medida de lo posible no separara a los hermanos.

A su vez, el apartado 5⁴⁴ deja claro que si uno de los padres, que trate de obtener la custodia individual, se opone a la custodia compartida, dicha objeción no será base suficiente para considerar que ésta no coincide con el mejor interés del menor. Esto quiere decir que si uno de los progenitores insta para sí la custodia, tendrá que acreditar que es el régimen mejor para el menor, porque sino el juez deberá optar por la compartida. La STSJ de Aragón, de 1 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4317) *“al ser la custodia compartida el régimen preferente y predeterminado, el Tribunal que acuerde apartarse de dicho sistema establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada”*⁴⁵.

La ley aragonesa tiene el sistema contrario al del CC, ya que la custodia compartida en Aragón es preferente, el juez que otorgue la custodia individual tendrá que fundamentar su decisión en que éste es el sistema más conveniente para el interés de los menores. En cambio el art. 92.8 CC establece la excepcionalidad de la custodia compartida, y el juez deberá fundamentar que este sistema es el más adecuado para el menor. Al igual que establece el Anteproyecto de 2014.

⁴³ Algunos ejemplos de criterios que da el art. 80.2 CCA para guiar al juez, y son: edad de los hijos, arraigo social, opinión de los hijos con suficiente juicio, entre otros.

⁴⁴ Art 80.5: “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.”

⁴⁵ PÉREZ CONESA, C, “La Custodia...”, op.,cit., pág. 123.

Y para terminar, el apartado 6 del art. 80 CDFA, regula los supuestos en los que no procede la concesión de la custodia a uno de los progenitores, en ninguna de las modalidades (individual o 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 en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad o cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Aquí establece varias novedades respecto a la regulación del CC, porque exige que aparte estar incurso en un proceso penal uno de los progenitores, que haya una resolución judicial, esta novedad es tenida en cuenta en el Anteproyecto de 2014. Además establece que se podrá denegar, no solo la compartida sino la exclusiva.

3.2 Cataluña:

El Parlamento Catalán aprobó en 2010 la Ley 25/2010, el Libro II del Código Civil Catalán. Aquí se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida.

En los arts. 233-8 a 233-13 del libro segundo del Código Civil de Cataluña se regula el cuidado de los hijos. Se parte del principio básico de que las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos no se altera tras la crisis matrimonial y que dichas responsabilidades tienen carácter compartido, debiéndose ejercer conjuntamente en la medida de lo posible (Art 233-8.1 CCC).

En el art. 233-9 se regula el plan de parentalidad, al igual que en Aragón y en el CC pero con nombre diferente. Este plan debe concretarse por ambos progenitores, dicho artículo indica el contenido mínimo que debe contener el plan de parentalidad.

Con relación al ejercicio de la guarda (Art 233-10 CCC), se aplicará el sistema que hayan convenido los progenitores en el plan de parentalidad, salvo que sea perjudicial para los hijos. En caso de desacuerdo o de no aprobarse dicho plan, la autoridad judicial determinará cómo debe ejercerse la guarda, teniendo en cuenta que las responsabilidades parentales tienen carácter conjunto, conforme al art. 233-8. Pero se puede disponer que la guarda se ejerza individualmente por uno de los progenitores si es mejor para el interés del menor. El sistema catalán no tiene como sistema preferente la

custodia compartida, sino que da prioridad a la opción que hayan acordado ambos padres. Pero en caso de desacuerdo el juez debe tener presente que la medida sobre guarda y custodia debe orientarse en la corresponsabilidad de los progenitores, ejerciendo con carácter conjunto la misma. Pero si la custodia exclusiva es mejor para el menor se concederá.

Establece la cláusula según la cual no puede separarse los hermanos en la atribución de la guarda, como principio general, salvo que, por causa justificada, así deba hacerse (art. 233-11.2). Como en la legislación aragonesa y el CC.

Se señalan unas pautas para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. Se deben tener en cuenta las propuestas contenidas en el plan de parentalidad (vemos que la legislación catalana tiene gran preferencia por las opciones que adopten los progenitores en el plan) y, particularmente, los criterios y circunstancias del art. 233-11.1⁴⁶, muy similares a los ya apuntados por la jurisprudencia del TS, a falta de previsión sobre este particular en el art. 92 CC, y al igual que la regulación aragonesa que recoge principios parecido o iguales.

Y para terminar, como en todas las legislaciones que hemos visto anteriormente los supuestos en que no se puede atribuir la guarda de los menores a un progenitor: *“el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”*. (Art 233-11.3 CCC).

Vemos aquí otra vez que se exige el elemento de una sentencia firme. Y cuando haya indicios fundados.

⁴⁶ Ejemplos de los criterios recogido en el art. 233-11.1 CCC: opinión de los hijos, situación de los domicilios, aptitud de los progenitores, etc.

3.3 Navarra:

La Comunidad foral de Navarra ha aprobado la Ley Foral 3/2011, de 17 de Marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que entro en vigor el 28 de junio de 2011⁴⁷.

La regulación navarra de la guarda y custodia se contiene en el art. 3 de dicha ley. Esta Ley no establece preferencia⁴⁸ alguna por un régimen de guarda y custodia en particular, regulando la custodia individual y la custodia compartida en igualdad de condiciones y encomendando al juez que, en su resolución, decida la modalidad de guarda más adecuada al interés del hijo.

Cada uno de los padres o ambos podrá de común acuerdo solicitar al juez la custodia de los hijos para ser ejercida por uno de ellos o por ambos. Cuando la solicitud proceda de uno solo de los padres, es decir, cuando no hay consenso sobre el régimen de guarda, el juez podrá acordar bien la custodia compartida o bien la individual, debiendo oír al Ministerio Fiscal y recabando los dictámenes y audiencias que estime necesarios, cuando así convenga a los intereses de los hijos. Al igual que la ley catalana y la aragonesa, el legislador navarro determina los factores a los que deberá atender el juez para decidir sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos, en el apartado 3 del art. 3⁴⁹. El apartado 7 recoge el principio de no separar a los hermanos en la medida de lo posible.

La concesión de la guarda y custodia no procede en ninguna de sus modalidades cuando uno 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 progenitor o de los hijos y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Ambos requisitos deben darse conjuntamente, como prescribe el apartado 8 del art. 3. Tampoco procederá si el juez advierte la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Aquí vemos como en la aragonesa una resolución judicial motiva e incurso

⁴⁷ BAYARRI MARTÍ, M^a.L, “El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónoma con Derecho civil propio”, *Noticias Jurídicas*, 2014, pág. 4.

⁴⁸ NANCLARES VALLE, J, “La custodia de los hijos en el Derecho Civil de Navarra”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Cizur Menor, abril, 2012, n^o 1, pág. 99.

⁴⁹ Algunos de los criterios que recoge el art. 3.3 son: la edad de los hijos, arraigo social, aptitud y voluntad de los padres, entre otros.

en un proceso penal, a diferencia de la regulación del CC. Y cambia algo respecto al CCC, ya que este exige sentencia firme.

Y un elemento que me parece acertado es, que se especifica que la denuncia contra un cónyuge no es suficiente por sí sola para concluir automáticamente que existe violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos. Tampoco será suficiente para atribuir la guarda y custodia a favor del cónyuge o miembro de la pareja que haya presentado la denuncia (Art 3.8, párrafo 4). Esto evita que de forma automática una denuncia bloquee la custodia compartida, y permite al juez poder optar por el modelo de custodia compartida, cuando esta sea la que protege más al interés del menor.

3.4 País Vasco:

El País Vasco aprueba la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores⁵⁰.

El legislador vasco también prioriza la custodia compartida como medida judicial, a falta de acuerdo entre los padres. Los progenitores, de forma individual o de mutuo acuerdo, deben presentar junto con la demanda una propuesta de convenio regulador (Art 5 de la ley 7/2015), al igual que el resto de ordenamientos visto anteriormente. Este convenio exige la aprobación del juez para que tenga efectos.

A falta de acuerdo de los padres, se atribuirá la custodia compartida por el juez, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor y lo solicite una de las partes (art. 9.3 ab initio), Es decir, la custodia compartida en la ley vasca tiene prioridad sobre la monoparental, pero no es automática ni se puede acordar de oficio⁵¹.

En el apartado 2 del art. 9 se recoge que la oposición a la custodia compartida o las malas relaciones de los progenitores no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar dicha custodia, al igual que la legislación aragonesa. El apartado 3 da ciertos criterios que debe seguir el juez para adoptar la custodia compartida⁵². Como hemos visto que hacen todas las CCAA con derecho civil propio y la jurisprudencia de los Tribunales.

⁵⁰ BOPV, nº 129, de 10 de julio de 2015.

⁵¹ PÉREZ CONESA, C, "La Custodia...", op., cit., pág. 132.

⁵² Algunos de estos criterios son, por ejemplo: edad de los hijos, número, opinión de los menores, arraigo social, etc.

Y por último en el apartado 7, se vuelve a recoger el principio de no separar a los hermanos.

3.5 Valencia:

La Comunidad Valenciana aprobó el 1 de abril, la Ley 5/2011⁵³, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁵⁴. Al igual que Aragón, sitúa el sistema de custodia compartida como modelo preferente a falta de acuerdo entre los progenitores. Es importante hacer una matización, ya que la ley valenciana utiliza el término de convivencia compartida. Y además es la única ley que en su artículo 3.a), como hemos visto antes, define la convivencia/custodia compartida.

Cuando los progenitores estén de acuerdo sobre los términos de su relación con sus hijos menores, deben otorgar un pacto de convivencia familiar (Art 4), cuya finalidad es semejante a la del plan de parentalidad de Cataluña o a la del pacto de relaciones familiares de Aragón, y los demás vistos anteriormente.

Cuando no sea posible el acuerdo entre los progenitores, el régimen de convivencia será fijado por el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal (Art 5.1). El art. 5.2 dispone como regla general la atribución compartida a ambos progenitores del régimen de convivencia con los hijos menores. Estableciendo este sistema como el de guarda ordinaria, pero no de aplicación automática, ya que el juez podrá adoptar la custodia exclusiva cuando lo considere necesario porque protege el interés del menor (Art 5.4). Aunque hay que destacar que la custodia monoparental es la excepción, al igual que sucede en Aragón. Además como las demás legislaciones vistas, en el apartado 3 cita los criterios a tener en cuenta por el juez para fijar la custodia⁵⁵.

Considera, como en la legislación anterior, que el régimen de convivencia compartida con los hijos es prioritario al individual, pese a la oposición de uno de los progenitores (igual que la legislación vasca y aragonesa) o a las malas relaciones entre ellos (art. 5.2, in fine), se encarga el legislador valenciano de dejar expresa constancia

⁵³ Declarada Inconstitucional por el TC en Sentencia de 16 de noviembre de 2016.

⁵⁴ DOCV n.º 6.495, de 5 de abril de 2011.

⁵⁵ Algunos de esos criterios son los informes sociales, médicos o psicológicos, la opinión de los menores, edad, etc.

de que las malas relaciones de los padres son irrelevantes para la atribución judicial de la convivencia compartida de aquéllos con sus hijos⁵⁶.

Se excluye el otorgamiento de un régimen de convivencia al progenitor que 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 sentencia en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Sin embargo, en la ley valenciana se añade un matiz, pues en el art. 5.6 se especifica que “... *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 procede un régimen de convivencia si el juez advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. El legislador valenciano ha previsto que se podrá revisar la ordenación de las relaciones familiares cuando se dicte sentencia que ponga fin al procedimiento con efectos absolutorios, al igual que en la ley navarra. Y apreciamos que se necesita una sentencia motivada.

4. REFLEXIONES PARA UNA FUTURA REFORMA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE 2014

Tras haber visto cómo se encuentra regulada la custodia compartida tanto en el CC y el Anteproyecto de 2013 y 2014 que modifica algunos de sus preceptos, como en aquellas CCAA que tienen Derecho civil propio, en este apartado vamos a intentar hacer una serie de reflexiones o recomendaciones sobre una futura, y a mi parecer necesaria reforma del anteproyecto de ley de 2014, ya que entendemos que el Ordenamiento Jurídico Español necesita una norma que regule de forma completa y práctica la custodia compartida.

No vamos a realizar una propuesta como tal, es decir, no realizaremos un cuerpo articulado donde se diga el contenido de cada artículo, disposiciones de cualquier tipo, ni preámbulo, entre otros aspectos, sino que expondremos unas notas generales con los aspectos que consideramos más relevantes a tener en cuenta en una futura reforma legislativa.

⁵⁶ PÉREZ CONESA, C, “La Custodia...”, op., cit., pág. 127.

Podemos empezar, como una primera reflexión. Es que cualquier ley o anteproyecto debe contener la definición de la custodia compartida, es decir, dejar marcado el objeto de la ley, para que no genere interpretaciones dudosas. Podemos tomar como ejemplo la Ley Valenciana, derogada ya, que era la única que definía dicha figura jurídica. La definición puede ser, como hemos visto antes, dada por diversos sectores jurídicos, como los propios legisladores, la doctrina o la jurisprudencia.

Una segunda reflexión, establecer la custodia compartida como sistema preferente en nuestro ordenamiento frente al sistema de custodia exclusiva, pero se deberá respetar el acuerdo de los progenitores, ya que esto es básico en Derecho privado, si las partes lo acuerdan el juez debe aceptarlo, salvo que sea una decisión que perjudique de manera clara los intereses superiores de menores. La custodia compartida debe ser la primera opción, como establece en su ordenamiento Aragón, y establecía la Comunidad Valenciana.

Una tercera recomendación, que puede ser más controvertida y que lleva al debate, sería si el juez de oficio, puede optar por el sistema de guarda y custodia compartida sin que ninguna de las parte lo haya solicitado de manera individual, es decir, cada progenitor pide la custodia para sí mismo. Se debería incluir un artículo donde se recoja esa situación, y debe ser en mi opinión, afirmativa. El juez debería poder adoptar el modelo de custodia compartida siempre y cuando los intereses de menor sean salvaguardados a través de esta. Gran parte de la doctrina está en contra, como hemos visto en las páginas anteriores, alegando que como ninguno de los padres la solicita y es necesaria su buena relación, no sería la opción más adecuada, además de violar el principio de congruencia de las sentencias. Pero existen medidas que puede adoptar el juez como complemento para que esa custodia compartida resulte eficaz, y alcance todos sus efectos positivos, algunas las hemos mencionado anteriormente.

Una cuarta reflexión o recomendación, es una cuestión que regula los ordenamientos jurídicos de Aragón, País Vasco y Valencia. Estos ordenamiento recogen que las malas relaciones de los progenitores entre sí, no será motivo suficiente para que el juez deseche la custodia compartida. Este tratamiento es bastante acertado, ya que cualquiera de los progenitores puede alegar como motivo para que no se apruebe la custodia compartida su mala relación, debe establecerse que este requisito no tiene suficiente peso por sí solo, sino que necesita otras circunstancias para sea tenido en cuenta.

Una quinta recomendación o reflexión, podría ser que hubiera un artículo que contuviera que la mera denuncia contra un cónyuge no es suficiente por sí sola para concluir automáticamente que existe violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos. Y esta denuncia no será suficiente para que se le conceda la custodia al progenitor que presenta la denuncia, desechando así el juez la custodia compartida.

Una sexta reflexión, podría ser que en alguno de los apartados de un artículo o en un artículo propio, recogiera las distintas modalidades de custodia compartida que existen, o al menos unas pautas para saber el juez o tribunal, de las modalidades que existen cuales se adaptan mejor al caso concreto que debe tratar el juez. Sin embargo, somos conscientes del riesgo que ello supone pues es un aspecto muy casuístico y que depende de las circunstancias de cada caso.

En los demás aspectos el anteproyecto de 2014 actualiza bastante bien el anteproyecto de 2013, aunque en algunos aspectos retrocede. Estas son las reflexiones que podemos hacer, evidentemente hay otros asuntos como la atribución de la vivienda, la pensión de alimentos que deberían tener un relevancia especial en el articulado.

5. CONCLUSIONES

Primera:

La guarda y custodia compartida es el sistema que más beneficios aporta en la nueva realidad que acontece tras el divorcio, ya que resulta el sistema más idóneo para que los progenitores sigan implicados en el desarrollo de sus hijos. Asimismo, este régimen reduce en la medida de lo posible las consecuencias negativas que se producen tras el divorcio, y que suele provocar inestabilidad emocional en los menores.

Segunda:

Analizamos de forma general cómo se regula en España la custodia compartida, es un análisis comparativo entre el régimen de derecho civil común y los derechos autonómicos, para aprovechar las mejoras que tenga cada ordenamiento, para que sirvan a los actuales o futuros legisladores para hacer una ley propia o artículos en el CC, que regule la custodia compartida, y dando la misma oportunidad a todos los ciudadanos de optar a dicha figura jurídica en todo el territorio, aunque haya matices en las CCAA con derecho civil propio.

Tercera:

Tras un breve pero exhaustivo análisis de la regulación que existe sobre la guarda y custodia, a nivel de derecho común como de derecho autonómico, en aquellos territorios donde tienen derecho civil propio, hemos podido ver que a día de hoy, la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico no está regulada de forma adecuada. Se menciona en el CC (Art 92), pero la deja desprotegida, la recluye a ser una opción que debe tomarse como última medida por parte del juez. Pero a nivel autonómico, vemos que la posición de la custodia compartida juega un papel más importante. Así, en Aragón o en Valencia (cuya ley fue declarada inconstitucional por STC de 16 de noviembre de 2016), se establece como sistema preferente, y en el resto de autonomías la decisión de los progenitores siempre es la primera opción, y luego la custodia compartida. Por tanto, consideramos que en España se necesita una Ley de Custodia Compartida, o una serie de preceptos en el CC que regule esta figura.

Cuarta:

Del análisis del Anteproyecto, tanto del 2013 como 2014, se observa que la figura se regula de forma más detallada comparando con la escasa regulación del Código Civil. El problema que estos anteproyectos no se han aprobado, y ya han pasado tres años desde la redacción de dichos cuerpos normativos, además, el Anteproyecto de 2014 retrocede a mi parecer, reduciendo la posibilidad de que el juez, de oficio, pueda imponer la custodia compartida. Este anteproyecto no aprovecha la regulación que existe en las CCAA, y de ahí que hagamos unas reflexiones que creo que son necesarias, para que España cuente con esta figura jurídica, de forma que haya una seguridad jurídica y disminuya las desigualdades entre Comunidades Autónomas.

Quinta:

Consideramos conveniente otorgar a jueces y tribunales, la posibilidad que, de oficio, puedan adoptar el sistema de la guarda y custodia compartida, siempre que el interés superior del menor sea protegido por este modelo de guarda y custodia. Es uno de los objetivos que pretendíamos en este trabajo, ver si esa posibilidad podía existir, y hemos visto que a nivel europeo se contempla en algunos países, y también en ciertas Comunidades Autónomas como Aragón, entre otras.

Sexta:

Un aspecto importante que hemos debatido en el trabajo, ha sido si la relación entre los progenitores debe ser un elemento clave para elegir o no la custodia compartida. Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, considera que no es viable la adopción de esta figura jurídica cuando la relación no es positiva, pero la otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia, a la cual me adhiero, considera que puede ser viable, además de poder tomar otras medidas complementarias que ayuden a esta nueva situación que se produce en la familia.

6. BIBLIOGRAFÍA

AREGO CASADEMUNT, L.I, “Argumentos legales y jurisprudenciales para demandar la custodia compartida según el Código Civil, tras la anulación de la Ley Valenciana de custodia compartida”, *Diario La Ley*, 2016.

ALASCIO CARRASCO, L, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010, *InDret (Revista para el análisis del derecho)*, 2011.

AGUILAR CUENCA, J.M, “*Tenemos que hablar, cómo evitar los daños del divorcio*”, Taurus, 2008.

BERROCAL LANZAROT, A.I, “Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley*, 2016.

BAYARRI MARTI, M. LUISA, “El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio”, *Noticias Jurídicas*, 2014.

CASTILLA BAREA, M, “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, *Aranzadi*, 2010.

CRUZ GALLARDO, B, “La guarda y custodia de los hijos en la crisis matrimoniales”, *La Ley*, Madrid, 2012.

CAMPUZANO TOME, H, “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi*, 2005.

GONZALEZ DEL POZO, J.P, “La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida” *Diario La Ley*, 2016.

GUILARTE MARTIN-CALERO, C, “La custodia compartida alternativa”, *InDret (Revista para el análisis del derecho)*, 2008.

IGLESIA MONJE, M.I. DE LA, “Custodia compartida de ambos progenitores”, *RCDI (Revista Critica de Derecho Inmobiliario)*, 2012, nº 732.

MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A, “El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida”, *Diario La Ley*, 2016.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, T, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, *Diario La Ley*, 2008.

NANCLARES VALLE, J, “La custodia de los hijos en el derecho civil de Navarra”, *Aranzadi*, 2012.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X, “Custodia Compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial”, *Diario La Ley*, 2016.

PEREZ CONESA, C, *La custodia compartida*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

PEREZ CONESA, C, “Análisis crítico de las reforma del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Aranzadi*, 2013.

PEREZ CONESA, C, “¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales”, *Aranzadi*, 2011.

SORIANO MARTINEZ, E., “La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el Derecho de familia”, *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, nº 9, 2011.

TORRES PEREA, J.M. DE, “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret (Revista para el análisis del derecho)*, 2011.

TENA PIAZUELO, I, “Custodia compartida en Aragón (Ley 22/210): ¿niños “de primera”?”, *Aranzadi*, 2011.

UREÑA CARAZO, B, “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género”, *Diario La Ley*, 2016.

Jurisprudencia:

Sentencias del Tribunal Constitucional:

STC de 17 de octubre de 2012 [RTC 2012/185]

STC de 6 de junio de 2005 [RTC 2005/152]

Sentencias Tribunal Supremo:

STS de 26 de mayo de 2016 [RJ 2016/2292]

STS de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016/972]

STS de 3 de marzo de 2016 [LA LEY 10025/2016]

STS de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016/249]

STS de 9 de septiembre de 2015 [RJ 2015/4179]

STS de 16 de febrero de 2015 [RJ 2015/564]

STS de 2 de julio de 2014 [RJ 2014/4250]

STS de 25 de abril de 2014 [RJ 2014/2651]

STS de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269]

STS de 27 de abril de 2012 [RJ 2012/6105]

STS de 9 de marzo de 2012 [RJ 2012/5241]

STS de 22 de julio de 2011 [RJ 2011/5676]

STS de 7 de julio de 2011 [RJ 2011/5008]

STS de 10 de octubre de 2010 [RJ 2010/2329]

STS de 1 de octubre de 2010 [RJ 2010/7302]

STS de 11 de marzo de 2010 [RJ 2010/2340]

STS de 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2329]

STS de 8 de octubre de 2009 [RJ 2009/4606]

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ de Aragón de 1 de febrero de 2012 [RJ 2012/4317]

Sentencias Audiencias Provinciales:

SAP de La Coruña de 27 de mayo de 2015 [JUR 2015/151397]

SAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2013 [JUR 2013/100161]

SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2012 [LA LEY 198857/2012]

SAP de Barcelona de 9 de marzo de 2007 [JUR 2007/140591]

SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2006 [JUR 2007/140591]

SAP de Barcelona de 12 de enero de 2006 [JUR 2006/84815]

SAP de Valencia de 10 de enero de 2001 [JUR 2001/64230]

SAP de Madrid de 17 de febrero de 1998 [AC 1998/4985]

Auto Juzgados de 1º Instancia:

Auto de Juzgado de 1º Instancia de Gijón de 22 de junio de 2010 [AC 2010/1257]