

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



TESIS DOCTORAL

**LA CUSTODIA COMPARTIDA.
HACIA UNA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN PLANO DE
IGUALDAD.**

AUTORA:

CARMEN ROSA IGLESIAS MARTÍN

DIRECCIÓN ACADÉMICA:

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ

Salamanca, 2017

A Javier, a Diego, a mis padres, por todo vuestro amor e infinita paciencia.

A todos los que me habéis ayudado en tan largo camino.

*Honeste vivere,
Alterum non laedere,
Suum cuique tribuere
Ulpiano, (170-228)*

El Dr. D. José Antonio Martín Pérez, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca

CERTIFICA

Que la memoria de tesis titulada “La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad”, presentada por D^a Carmen Rosa Iglesias Martín, para optar al título de Doctor por la Universidad de Salamanca, ha sido realizada bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca.

Dr. D. José Antonio Martín Pérez

Salamanca, 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	19

CAPÍTULO I.

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: CUESTIONES RELEVANTES

1. LAS OBLIGACIONES DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS	27
1.1. El artículo 39 CE.....	27
1.1.1. Consideración actual del matrimonio y de la familia.....	27
1.1.2. Cuestiones relevantes para la protección de la familia.....	31
1.2. Las relaciones paterno-filiales.....	35
1.2.1. La patria potestad. Su proyección en el ámbito personal del menor:.....	35
1.2.1.1. Derechos y deberes de los padres.....	38
1.2.1.2. Derechos y deberes de los hijos.....	44
1.2.1.3. La custodia como contenido de la patria potestad.....	48
1.2.2. Derechos de los padres versus derechos de los hijos, de la responsabilidad a la corresponsabilidad parental:.....	51
1.2.2.1. Derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los padres.....	52
1.2.2.2. Derecho de los padres a la igualdad de relaciones con los hijos.....	54
1.3. Ley 15/2005 de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la LEC en materia de separación y divorcio.....	57
1.4. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.....	65
1.5. Estado de la cuestión.....	71
2. MODELOS DE GUARDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	72
2.1. Planteamiento de la cuestión.....	72
2.2. Funciones de guarda y custodia.....	74
2.3. La custodia o guarda exclusiva.....	76
2.4. La custodia distributiva.....	78

2.5. La custodia compartida o guarda conjunta.....	80
2.5.1. Precisiones terminológicas.....	83
2.5.2. Modelos de custodia compartida.....	85
2.6. Custodia atribuida a un tercero.....	88
3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS QUE DESCANSA LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	90
3.1. Principio del interés superior del menor.....	91
3.1.1. Planteamiento.....	91
3.1.2. El interés superior del menor como algo más que un principio.....	95
3.1.3. Criterios para fijar el interés superior del menor:.....	103
3.1.3.1. La satisfacción de las necesidades del menor.....	106
3.1.3.2. La atención a los deseos, sentimientos y opiniones del menor como manifestación del derecho a ser oído.....	107
3.1.3.3. La ponderación de las circunstancias concurrentes.....	109
3.1.4. El artículo 2 de la LOPJM, modificado por la lo 8/2015.....	111
3.2. Principio de igualdad entre ambos progenitores.....	115
3.3. Principio de coparentalidad/corresponsabilidad.....	117
3.3.1. Breves apuntes sobre la responsabilidad civil de los padres en relación con la guarda y custodia.....	120
3.4. La existencia de estos principios como criterios prioritarios para conseguir la estabilidad de los menores.....	126
3.4.1. Las ventajas del sistema compartido de custodia.....	128

CAPITULO II

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. PRESUPUESTOS PARA PODER SOLICITAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	135
1.1. Artículo 92.5 CC: La solicitud de la guarda por los dos progenitores.....	135
1.2. Artículo 92.8 CC: La falta de acuerdo de los progenitores.....	142
1.2.1. La excepcionalidad, cuando es a solicitud de una de las partes, del artículo 92.8.....	144

1.2.2. El informe favorable del Ministerio Fiscal.....	149
1.2.3. Estado de la cuestión.....	154
1.3. Elementos comunes en la decisión judicial de custodia compartida.....	157
1.3.1. La audiencia al menor.....	157
1.3.1.1. El artículo 9 LOPJM modificado por LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.....	161
1.3.2. Informe del Ministerio Fiscal.....	167
1.3.3. El Juez procurará no separar a los hermanos.....	169
1.3.4. El informe de los especialistas debidamente cualificados.....	172
1.4. La normativa del artículo 92 CC debe completarse con lo establecido en el art. 91 CC: la amplia facultad de decisión del juez.....	183
1.4.1. La limitación del principio dispositivo o de justicia rogada.....	183
1.4.2. La imposibilidad del Juez de adoptar guarda y custodia compartida de oficio.....	188
1.4.3. El artículo 92.6 CC: la valoración del juez.....	192
1.4.4. Medidas para el cumplimiento del régimen adoptado.....	196
2. LA NORMATIVA AUTONÓMICA.....	200
2.1. Introducción.....	200
2.2. Ley 25/2010 de 29 de julio del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.....	201
2.3. Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas.....	207
2.4. Navarra: Ley foral 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.....	212
2.5. País Vasco: Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.....	214
2.6. Valencia: Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.....	217

CAPITULO III

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: CRITERIOS PARA SU ATRIBUCIÓN

1. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	222
1.1. Evolución en la determinación de criterios.....	222
1.2. Las aptitudes personales de los progenitores: las capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de las responsabilidades parentales.....	229
1.2.1. Especial referencia a la práctica anterior de los progenitores.....	236
1.3. La integración del resto de criterios en la valoración de custodia compartida.....	239
1.3.1. La permanencia de los hijos en un domicilio estable. La proximidad de los domicilios de los progenitores.....	242
1.3.2. La edad de los hijos.....	251
1.3.3. Los deseos manifestados por los menores.....	257
1.3.4. El número de hijos.....	261
1.3.5. El grado de ocupación laboral de los progenitores.....	263
1.3.6. La convivencia con una nueva pareja. El concepto de los padres aparentes.....	269
1.3.7. Las relaciones entre los progenitores. La toma de decisiones sobre los menores y sus posibles riesgos.....	274
1.3.7.1. La conflictividad entre los progenitores.....	276
1.3.7.2. Medios alternativos de solución de problemas: la mediación familiar y el coordinador de parentalidad.....	283
2. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	288
2.1. Introducción.....	288
2.2. El artículo 92.7 CC: la exclusión de la custodia compartida.....	293
2.3. El síndrome de alienación parental y el “ <i>friendly parent</i> ” como ejemplos de perversión del sistema.....	308

CAPITULO IV

APLICACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

1. LA ELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA: EL PLAN DE PARENTALIDAD.....	319
1.1. Introducción.....	319
1.2. Los pactos en previsión de ruptura.....	319
1.3. La determinación del ejercicio de las responsabilidades parentales: el plan de parentalidad.....	329
2. CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES PERSONALES DE LOS MENORES.....	334
2.1. Planteamiento inicial de su trascendencia.....	334
2.2. El régimen de comunicación del progenitor con el que no se encuentren los menores.....	336
2.3. La relación con los abuelos.....	342
2.3.1. El artículo 160.2 del Código Civil.....	345
2.3.2. El artículo 103 regla primera, párrafo segundo del Código Civil: la atribución de la custodia a terceras personas.....	351
2.4. Otros parientes y allegados.....	354
3. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. ARTÍCULO 96 CC.....	359
3.1. La atribución del uso de la vivienda.....	359
3.2. Criterios de atribución.....	361
3.3. La atribución del uso de la vivienda familiar en la custodia compartida.....	371
3.4. La relevancia de los legítimos intereses de terceras personas.....	382
4. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.....	387
4.1. Cuestiones previas.....	387
4.2. Contenido de la prestación. Gastos ordinarios y gastos extraordinarios.....	391
4.3. Fijación de la prestación de alimentos.....	396
4.4. Actualización.....	398
4.5. Exigibilidad.....	399
4.6. Breve referencia a la modificación de la pensión de alimentos.....	401
4.7. Los alimentos de los hijos mayores de edad.....	406
4.8. El incumplimiento de la prestación.....	409
4.9. Particularidades con respecto a la custodia compartida.....	410

5. MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS	420
5.1. Un enfoque previo de la cuestión.....	420
5.2. Alteración de las circunstancias: requisitos.....	422
5.3. Fundamentos de la modificación de medidas.....	429
5.4. Especial referencia a la modificación de medidas basadas en la doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica.....	436
CONCLUSIONES	439
BIBLIOGRAFÍA	447
JURISPRUDENCIA	489

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AEAFA	Asociación Española de Abogados de Familia
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
CEDAW	Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CFC	Código de Familia de Cataluña
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cfr.	Confróntese
cit.	Citada
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
Dir.	Director
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPC	Derecho Privado y Constitución
Ed.	Editorial
etc.	Etcétera
ej.	Ejemplo
op. cit.	En la obra citada
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JUR	Jurisprudencia

JVSM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
ONU	Organización de Naciones Unidas
Nº	Número
núm.	Número
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LJV	Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la violencia de género
LV	Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven
MF	Ministerio Fiscal
nº	número
núm.	Número
op. cit.	obra citada
PEF	Punto de Encuentro Familiar
pág.	Página
págs.	Páginas
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDC	Revista de Derecho Civil
RD	Real Decreto
rec.	Recurso
RGD	Revista General de Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Cataluña

RJCyL	Revista Jurídica de Castilla y León
RH	Reglamento Hipotecario
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
RS	Revista Sepín
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss.	Siguientes
Sec.	Sección
TC	Tribunal Constitucional
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UE	Unión Europea
VVAA	Varios Autores
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual, la dinámica de las familias ha variado de forma decisiva. Factores como el acceso de la mujer al mercado laboral o, los cambios de determinadas pautas de educación, han ido provocando que, de forma progresiva, los padres tengan una intervención mayor en la atención diaria de sus hijos y se produzca una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores.

Se observa que las características de las familias se han modificado en relación con las de la generación inmediatamente anterior. El hombre ha dejado de ser el único miembro del hogar que aporta ingresos a la unidad familiar y la edad de contraer matrimonio supera la treintena tanto en hombres como en mujeres. Nuestra sociedad, como tantas otras de nuestro entorno, es una sociedad más envejecida y con un gran crecimiento en número de hogares unipersonales, podemos decir que fruto del aumento de la esperanza de vida, de una fecundidad baja y de tasas de divorcio en aumento¹.

La ruptura matrimonial es una experiencia traumática en la mayoría de los casos y, la parte más vulnerable, sin lugar a dudas, son los menores; por ello, uno de los objetivos más importantes cuando aparece una crisis matrimonial, es proteger y garantizar los derechos de los mismos. Son numerosos los instrumentos legales, tanto nacionales como internacionales, que reconocen a los menores una serie de derechos y responsabilidades dentro del núcleo familiar. En la medida en que todas estas declaraciones están reconociendo el derecho a la libertad, igualdad y seguridad, asumen implícitamente la protección de los derechos de la familia, ya que ésta debe partir de la libertad de los que la crean y de su igual consideración. La familia debe operar como ámbito de seguridad de cada uno de sus miembros, especialmente de los más desprotegidos, con el fin de ofrecerles cobertura en sus necesidades esenciales.

¹ Según el Instituto Nacional de Estadística (INE) en nota de prensa de 15 de septiembre de 2015 en 2014 hubo 100.745 divorcios, un 5'6% más que en el año anterior. La custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 21% de los casos de divorcio. Además el 76'5% de los divorcios y separaciones en el año 2014 fueron de mutuo acuerdo, mientras que el 23'5% restante fueron contenciosos. Porcentajes que a día de hoy se siguen manteniendo.

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206

Por otra parte, el aumento de divorcios que señalamos, se ha traducido en un aumento de hogares en los que vive uno solo de los progenitores con los hijos, así como de familias reconstruidas, es decir, las formadas por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos de al menos uno de ellos o de ambos, y, si existen, los comunes; estas familias, salvo excepciones, no han tenido reflejo normativo.

También ha de resaltarse la mayor tolerancia hacia formas de vida y realización personal diferentes de las tradicionales. En una sociedad abierta, se configuran distintos proyectos de vida y no pueden prevalecer unos sobre otros, siempre y cuando la opción elegida no entrañe daños a terceros. Esto, indudablemente también ha de tener un reflejo normativo detallado, con un reconocimiento de efectos a las parejas de hecho. En este punto hay que recordar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no considera que las normas reguladoras de los efectos de la nulidad, separación y divorcio sean susceptibles de aplicación extensiva a los supuestos de cese de la convivencia de las uniones no matrimoniales². Sin lugar a dudas, no podemos olvidar que, conforme establece el art. 3.1 CC, uno de los parámetros a tener en cuenta en la interpretación y aplicación de la ley es, precisamente, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

Estas transformaciones sociales han hecho que hoy la familia se entienda como un ámbito en el que la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los miembros que la componen, ocupen un lugar importante en la definición del proyecto de vida en común. Por eso, se pone el énfasis en el desarrollo individual, en la libertad y autonomía del individuo, pero también en su responsabilidad.

² Contiene un completo análisis de la Jurisprudencia el Dictamen 438/2014, de 10 de julio de 2014, del Consejo de Estado, relativo al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en el objeto y ámbito del Anteproyecto, pags. 49 y 50: "...el Alto Tribunal, partiendo de que la convivencia *more uxorio* y el matrimonio no son realidades equivalentes, rechaza que las normas propias del matrimonio puedan aplicarse a las parejas de hecho por "analogía legis", aunque admite que puedan serlo por pacto expreso de los miembros de la pareja o que, a través de la vía de la "analogía iuris"... Con este planteamiento, el TS ha entendido que, en las situaciones de cese de la convivencia *more uxorio*, la forma de ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos debe decidirse atendiendo al interés de éstos (Sentencias de la Sala de lo Civil de 7 de julio de 2004 y 14 de febrero de 2005), que la cuantía de la pensión por alimentos ha de determinarse en función de la capacidad económica de los miembros de la pareja (Sentencia de la Sala de lo Civil de 16 de julio de 2002), que el uso de la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria deben reconocerse a favor de aquel de sus integrantes que se encuentre en una situación de desequilibrio económico como consecuencia de su dedicación a la familia (Sentencias de la Sala de lo Civil de 27 de marzo de 2001, 30 de octubre de 2008 y 6 de marzo de 2014), y, en fin, que las normas propias de los regímenes económicos matrimoniales o, en su caso, de la comunidad de bienes podrán ser aplicadas cuando exista una inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (Sentencias de la Sala de lo Civil de 19 de octubre de 2006 y 16 de junio de 2011)".

Todo ello ha ido dejando el germen de lo que posteriormente se ha desarrollado legislativamente de forma lenta y no siempre audaz. Con la reforma legislativa que introdujo la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se pretendió acometer la gran reforma en cuestiones de separación y divorcio, recogiendo el sentir de la sociedad y su evolución. Se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento, de manera expresa, la referencia a la custodia compartida en el art. 92 CC, con base en el principio del *favor filii* y la corresponsabilidad parental. Pero veremos que al no modificarse de forma paralela temas como el de las prestaciones de alimentos, el derecho de comunicación y estancia, o la atribución del uso de la vivienda, o al no establecerse ningún criterio que guíe al Juez a la hora de decidir cuál es el sistema de guarda más adecuado, ha hecho de su aplicación un tema controvertido y, por ello, también, lleno de interés y necesitado de estudio. A pesar de que la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005 se acometió de manera parcial y restrictiva, será a partir de ella cuando realmente el TS empiece a perfilar el contenido de la guarda y custodia compartida. Además de la normativa estatal, poco a poco, fueron surgiendo Leyes Autonómicas para regular la custodia compartida³. A raíz de ello, nos encontramos que en nuestra sociedad se iba produciendo una discriminación entre los ciudadanos de los distintos territorios nacionales, unos con normativa específica sobre custodia compartida y otros que dependen de la discrecionalidad judicial.

Si con la normativa estatal vigente no se garantiza suficientemente el derecho del hijo, una vez producida la crisis matrimonial, a mantener un contacto regular con ambos progenitores, se hace necesario acometer una reforma cabal. Ya hubo un primer intento fallido con el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado por el Gobierno el 19 de julio de 2013.

³ En Aragón la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOA núm. 111, de 22 de junio de 2010), derogada por el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título “Código de Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas; en Cataluña la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010); en Navarra 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 (BONA de 28 de marzo de 2011); en Valencia la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOCV núm. 6495, de 5 de abril de 2011), anulada en su totalidad por la Sentencia del TC de 16 de noviembre de 2016 en el recurso de inconstitucionalidad 3859/2011, el fallo ha contado con un voto particular y no afecta a las situaciones jurídicas consolidadas; en País Vasco la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOPV núm. 129 de 10 de julio de 2015).

Tras haber transcurrido casi doce años desde la introducción de la custodia compartida, y tomando en consideración toda la evolución jurisprudencial, reflejo del Derecho realmente vivido, se considera llegado el momento en que el legislador ha de retomar la labor de implementar y actualizar la regulación. Mientras, la doctrina y, sobre todo la Jurisprudencia, están asumiendo esa labor.

Respecto a la sistemática hemos abordado el estudio del tema en cuatro capítulos; su estructura pretende afrontar el amplio espectro que lo engloba, recogiendo toda la Jurisprudencia que ha ido haciendo de la custodia compartida lo que es hoy.

Así pues, en el capítulo primero, afrontamos lo que hemos considerado las cuestiones más relevantes y generales sobre la custodia compartida. Presentamos el tema brevemente desde su importantísima perspectiva constitucional, para luego perfilarlo desde el ámbito privado con los derechos y obligaciones de las partes y el análisis de la plasmación que ha tenido en el Derecho positivo. Para finalizar con el que pretende ser el hilo conductor, la interconexión entre los tres principios que deben rubricar el tema: el principio del interés superior del menor, el principio de igualdad entre ambos cónyuges y el principio de corresponsabilidad.

El lograr el mejor interés del menor, que los padres sean conscientes de que comparten responsabilidades y que todo ello se haga en unas condiciones de igualdad, nos va a llevar a que la medida más importante que se adopta, una vez producida la ruptura, es la relativa al modelo de guarda y custodia. A pesar de las indudables ventajas de la custodia compartida, no siempre va a ser conveniente optar por este sistema.

De esta forma, en el capítulo segundo hacemos un estudio de los presupuestos de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico y cómo ha ido cambiando por la reformulación que la propia Jurisprudencia ha hecho al art. 92 CC: la declaración de inconstitucionalidad del inciso favorable sobre el informe del Ministerio Fiscal, y la interpretación “correctora” de la expresión “excepcionalmente” que encontramos en numerosas sentencias. Además, para adoptar este régimen de guarda recogemos la acertadas últimas modificaciones de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, sobre lo que hemos considerado que son los elementos comunes para que el Juez adopte su decisión, ya sea cuando son ambos progenitores los que solicitan la custodia compartida o cuando, a falta de acuerdo, lo hace uno

solo de ellos. En segundo lugar analizamos la regulación aprobada por las distintas Comunidades Autónomas con competencia en la materia, que de forma más o menos amplia han acometido la ordenación de éste régimen de guarda, destacando que en todas ellas se han acotado los criterios para su atribución.

Ante la carencia en el ordenamiento jurídico estatal del establecimiento de unos criterios para la atribución de la guarda y custodia compartida, aspecto que sí se ha ido corrigiendo con posterioridad en las legislaciones autonómicas, en el capítulo tercero nos centramos en el estudio de los mismos. Así, hemos considerado que, a pesar de la diversidad de pautas, en todas existe una base común, que parte de que con la custodia compartida se pretende lograr la continuidad en las relaciones paterno-filiales después de la ruptura; para ello, serán necesarias unas capacidades adecuadas y suficientes de los progenitores para el correcto ejercicio de sus responsabilidades. A continuación, hemos considerado la incorporación del resto criterios en su aplicación práctica. De tal manera que, cuando hablamos de preservar la estabilidad en los menores estamos haciendo referencia a que no rompan con su entorno habitual y ello supondrá que han de valorarse entre otros aspectos: que exista una cercanía entre los domicilios de sus progenitores; la disponibilidad que les permite su grado de ocupación laboral; la edad y el número de hijos y, la manifestación de sus opiniones; la eventual existencia de una nueva pareja; las relaciones entre los progenitores y los riesgos que entraña la toma de decisiones. Además las posibles situaciones conflictivas pueden desembocar en situaciones de violencia doméstica, con la efectividad que deben tener las medidas que tomen los poderes públicos, cuya protección debe ser integral y exhaustiva.

Por último, en el capítulo cuarto, el estudio lo hemos centrado en las cuestiones más importantes para el buen funcionamiento del régimen de custodia compartida. De esta manera, en primer lugar, intentamos justificar la conveniencia de que sean los propios progenitores los que organicen sus responsabilidades, para evitar en la medida de lo posible litigios y, qué mejor para ello, que la elaboración de un detallado plan de parentalidad o plan contradictorio; igualmente tendrán que prever la relación o visitas con los progenitores cuando no tienen la guarda. A continuación, otra de las cuestiones importantes es la relación de los menores con abuelos y otros parientes y allegados, pensamos que con ello se afianza el pleno desarrollo de su personalidad. La atribución del uso de la vivienda familiar, y la obligación de alimentos son las dos cuestiones con mayor relevancia económica y, por ello, quizás también las que más conflictos generan. Incluir su estudio e intentar que las soluciones

ofrecidas sean justas es, sin lugar a dudas, una de las problemáticas más importantes para que este régimen de custodia proporcione resultados óptimos. También analizamos el cambio de circunstancias que dan lugar a la modificación de las medidas adoptadas: las fluctuaciones personales y patrimoniales, además de la propia evolución del menor, siempre van a estar presentes.

Finaliza este trabajo con las conclusiones a las que hemos llegado y que esperamos aporten soluciones a tan controvertido tema. Y es que, en definitiva, como decía DÍEZ PICAZO: “...en materia jurídica los cambios no se producen nunca milagrosamente por obra de los textos normativos. Sólo cuando éstos son recibidos por un terreno que está previamente abonado tienen efectividad”; y concluye que “...el Derecho de Familia parece dirigido sobre todo hacia el mejor interés del hijo, probablemente porque tenemos un pobre concepto de la sociedad en la que vivimos, aspiramos a mejorarla y comprendemos que sólo la mejoraremos en nuestros hijos”⁴.

⁴ DÍEZ PICAZO, L., “Derecho de familia y sociedad democrática”, *Arbor* CLXXVIII, 702 (junio 2004), págs. 313-321.

CONCLUSIONES

I

El punto de partida será la patria potestad entendida como responsabilidad de los padres para procurar a sus hijos todas aquellas condiciones de vida adecuadas a su desarrollo integral, que englobe dimensiones físicas, mentales, morales, espirituales y sociales. La evolución en nuestra sociedad ha hecho especialmente hincapié en la patria potestad ya no solo como responsabilidad sino como corresponsabilidad parental, ya que los derechos y deberes se proclaman de ambos progenitores por igual. En todo este proceso es prioritario el interés superior del menor. Al referirnos a la patria potestad lo hacemos tanto a la titularidad, como al ejercicio de la misma, pero también a la guarda y custodia y al derecho de relación de los padres con los hijos. Durante la convivencia todos estos aspectos se manifiestan de forma única, sin embargo, cuando deviene la crisis matrimonial se orquestan de forma separada.

II

La custodia compartida se basa fundamentalmente en tres principios: el interés superior del menor, la igualdad de ambos progenitores y la corresponsabilidad. Todos ellos están conectados entre sí, ya que solo se logrará el mejor interés del menor si existe una igualdad entre los progenitores en las funciones de guarda y cuidado de los hijos, y si la relación entre ellos les lleva a ser capaces de cumplir con sus responsabilidades comunes. Especialmente se considera que la potenciación del principio de igualdad entre el padre y la madre va a traer consecuencias positivas en la protección del interés del menor. El reflejo que este principio tiene al adoptar un régimen de custodia compartida va a implicar que la crianza y atención de los hijos deje de ser una tarea exclusiva de la mujer, o en la que se otorga preferencia a ésta, los hijos pasan a compartirse en plano de igualdad con el otro progenitor; de esta forma ambos podrán desarrollar plenamente su personalidad. Igualmente, la responsabilidad de ambos progenitores implicará un mayor grado de diligencia tras la crisis matrimonial, y el que no todas las decisiones se consensúen, no obsta al deber inexcusable de tenerse constantemente informados sobre todas las cuestiones que afecten a los hijos. Cualquier decisión que se adopte tiene que calibrar todos los pormenores, para proporcionar una estabilidad al menor, la decisión sobre la custodia de los hijos no va a estar destinada a un mejor entendimiento de los padres, sino al de éstos con los hijos.

III

Si hay un modelo en el que exista entre los progenitores un compromiso y colaboración mayores, este es el de la custodia compartida. Primero, porque se garantiza que los hijos puedan disfrutar de ambos progenitores de forma similar, esto lleva a que sea menos traumático para los hijos y, los progenitores podrán seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones, equiparados en cuanto a su tiempo libre para su vida personal y profesional, lo cual previene situaciones de dependencia en sus relaciones con los hijos. Además, al compartir las cargas, los progenitores suelen adoptar una visión de conjunto con respecto a la educación y desarrollo de los hijos, evitando disputas. Segundo, porque se impulsa el diálogo: si los progenitores tienen que cooperar se favorece el que se llegue a acuerdos, sin que exista la dinámica de perdedor-ganador. El compartir lo positivo y lo negativo de la convivencia condiciona el futuro desarrollo de las relaciones dentro de una normalidad y estabilidad. Y ello sin que signifique que se pueda aplicar este modelo de convivencia siempre y de forma indiscriminada, dado que las circunstancias de cada familia serán determinantes en la valoración.

IV

Cuando la Ley 15/2005 introdujo por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico la referencia expresa a la custodia compartida, se hizo de una manera parcial y restrictiva, no modificando de forma paralela aspectos que se han ido demostrando fundamentales para el buen funcionamiento del sistema. A pesar de ello, supuso un avance, y a partir de ese momento es cuando realmente el TS empezó a perfilar su contenido. Una de las funciones de la Jurisprudencia es permitir la adaptación del Derecho a los cambios sin necesidad de que actúe el legislador, y esto es lo que viene sucediendo en nuestro Derecho con respecto a este tema. Lo que nos ha llevado a la aceptación de la custodia compartida como un sistema de guarda normal, e incluso, como el sistema preferente, al que se puede optar si se dan las condiciones adecuadas. Desde las primeras resoluciones de las Audiencias sobre la custodia de los hijos, se puso de manifiesto que para conseguir todas las ventajas que supone la compartida era necesario contar que unos criterios que la ley no proporcionaba. Nuestro más Alto Tribunal iba consolidando la jurisprudencia que defendía una interpretación correctora de la excepcionalidad de este sistema y fijaba unos presupuestos para adoptar el régimen de

custodia compartida. Por otro lado el TC al declarar inconstitucional y nulo el inciso “favorable” sobre el informe del Ministerio Fiscal, resuelve cualquier posible duda sobre la interpretación del art. 92 CC. La opción de situar la custodia compartida y la exclusiva en igualdad de condiciones, pero descartando su excepcionalidad, puede ser la solución que necesitamos. Los tribunales tienen que motivar suficientemente las decisiones, sigue siendo el arbitrio judicial el que valorará el interés superior del menor, pero habrá que tener especial cuidado con dejar abierta la posibilidad de una custodia compartida de oficio, ya que el adoptar un sistema querido por el Juez pero no por las partes, probablemente solo conlleve su incumplimiento práctico; si bien hay que matizar que cuando ambos progenitores lo que plantean es la guarda exclusiva para cada uno, si el Juez les diera la opción entre conceder la guarda al otro o una guarda compartida, lo más probable es que eligiesen la compartida. Lo importante es asegurar para cada caso concreto la opción que mejor convenga a los menores, porque la guarda compartida no es un premio o un castigo al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino que es una decisión compleja en la que se tendrán en cuenta unos criterios abiertos.

V

Cuestión clave para el afianzamiento del sistema de guarda y custodia compartida ha sido el establecimiento por nuestros Tribunales de Justicia, de unos criterios que sirvan tanto a las partes como al juez para valorar si concurren las circunstancias necesarias para establecer este sistema de guarda. La base común a todos ellos son las necesarias y adecuadas capacidades de los progenitores para el correcto ejercicio de sus responsabilidades en el futuro. Con ello, no solo medimos la capacidad para otorgar un cuidado físico sino, también, la capacidad que aporte a los menores una educación integral y ética y, la capacidad para el diálogo que permita consensuar decisiones y llegar a acuerdos. Dado el impacto psicológico que supone una ruptura para todo el entorno familiar, especialmente para los menores, si los progenitores aciertan en la definición del nuevo sistema de relaciones hará que las dificultades vayan desapareciendo progresivamente. La dedicación pasada a la familia hay que interpretarla con suficiente flexibilidad, si constante el matrimonio hubo una distribución de roles, donde uno se dedicó más a las tareas domésticas y el otro a las laborales, no puede impedir que devenida la crisis matrimonial se conceda la custodia compartida; lo que si es requisito ineludible es que la participación en el cuidado de los hijos haya sido activa por ambos progenitores durante la convivencia, no podemos pretender otorgar una custodia

compartida esperando que el progenitor que nunca lo hizo empiece a demostrar un interés que jamás tuvo. La custodia compartida no significa un reparto exactamente igual de los tiempos de convivencia.

VI

Una vez comprobado que existe todo un conjunto de aptitudes en los progenitores, se tendrán que ir integrando el resto de pautas para asegurar el desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor, y así aproximarlos, en cierto modo, al modelo de convivencia existente antes de la ruptura. De tal forma que, la ubicación de los futuros domicilios de los progenitores acarree los mínimos inconvenientes a los menores, el hecho de que los cambios de domicilio sean consustanciales a cualquier separación no debería impedir el considerar que si la distancia entre los mismos es grande no se conceda este régimen de custodia, es decir ni la deslocalización como criterio para no conceder la custodia compartida por el mero cambio de domicilio, ni concederla aún en supuestos en los que no se puede compartir la cotidianeidad. El grado de ocupación laboral de los progenitores se tendrá que compatibilizar con las actividades de los menores, donde el número de hijos será igualmente determinante. La edad de los menores será otra de las cuestiones clave para acordar cómo llevar a cabo la custodia ya que, fija las distintas etapas evolutivas por las que pasan los menores, que están sujetas a grandes cambios. Una realidad que hay que tener presente es la de las familias reconstituidas o ensambladas, las relaciones en estos casos son más complejas, ya que los límites y los criterios en las cuestiones que conforman la guarda y custodia suelen ser más ambiguos. La proporcionalidad a la hora de sopesar las circunstancias es clave para conseguir la tan deseada estabilidad de los menores. La integración de todos estos factores en su aplicación práctica supone tener presente como hilo conductor el interés superior del menor, no como concepto abstracto sino perfectamente individualizado, en cada menor, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible si le es más beneficioso.

VII

Si bien no podemos hacer depender la concesión de un régimen de guarda y custodia compartida de que haya una total armonía entre los progenitores, la cooperación, la coordinación, la implicación de ambos progenitores son el mejor precedente para minimizar

riesgos en la toma de decisiones. Sin embargo el hecho de que existan tensiones entre los progenitores no puede llevar a denegar a priori este sistema de guarda, que por otro lado no se solventarían concediendo un sistema de guarda monoparental. Medir el grado de conflicto determinará el sistema de guarda por el que se opta. Ante las situaciones conflictivas, que un proceso judicial no hará más que agravar, las soluciones alternativas como la mediación familiar o la opción del coordinador de parentalidad, pueden constituir medios eficaces de solución de conflictos. Siempre se podrá llegar a un sistema de custodia compartida, aún en situaciones conflictivas, subordinándolo a que realmente exista una protección jurídica de la persona y los derechos de la personalidad, sobre todo, de los menores implicados. Distinto será que el mero conflicto se convierta en violencia doméstica en donde son los poderes públicos los encargados de otorgar una protección integral y exhaustiva. La vulnerabilidad propia de los menores se ve agravada en los supuestos de violencia doméstica, ya que ésta proviene de aquellos que deben ser sus referentes, de aquellos de los que solo deberían tener cuidados, atención, seguridad y afecto. La línea que separa la conflictividad de la violencia doméstica es muy estrecha y será preciso tener especial cuidado con tres extremos: primero, el intento de decir que la violencia es recíproca entre ambos progenitores; segundo, el decir que es un caso aislado de violencia; y tercero, que se trivialice llamando antagonismos o comportamientos imprudentes lo que realmente podemos calificar como violencia. El riesgo al que se expone el menor con todos estos argumentos sesgados, no hacen nada más que esconder una situación de dominio que impide que se investiguen los hechos y que pueda llegar a ocasionar un daño irreparable en los menores en el momento de decidir el régimen de guarda y custodia.

VIII

No por obvio está de más el proclamar la eficacia de todas las medidas que se tomen sobre la custodia compartida, para que ello sea así se requiere un estudio pormenorizado de cada caso, tener en cuenta todas las circunstancias que lo particularizan y, actuar en consecuencia y proporcionalmente. En materia de relaciones personales destaca por encima de todo la voluntad de los individuos, de ahí que sea importante la aplicación del principio de autonomía de la voluntad a la hora de encontrar soluciones, aplicado con las debidas limitaciones y cautelas como son: el no dañar a los hijos, no discriminar los derechos entre los cónyuges, y no determinar cuestiones que resulten perjudiciales para una de las partes.

Siempre tendremos presente que es una materia en la que nos encontramos numerosas normas de *ius cogens*. Nos gustaría destacar la efectividad que se viene demostrando en la elaboración de un plan de parentalidad o plan contradictorio, en el que los progenitores organicen las responsabilidades parentales, y que plasme su compromiso para la nueva situación creada tras la ruptura, lo cual podría ser la solución que evite futuros conflictos.

IX

El ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales, que aunque prioritarias no se pueden aislar del resto de relaciones familiares y sociales. De entre todas estas relaciones, una de las más importantes es la de los abuelos, cuyo papel es fundamental en la cohesión y transmisión de valores, y que en muchas ocasiones son el instrumento estabilizador en la vida de los menores una vez acaecida la crisis matrimonial, convirtiéndose con ello en un elemento esencial en la protección de los mismos. En definitiva, las relaciones de los menores con otros parientes y allegados, supone asegurar al menor la protección, que como persona singular e integrante de grupos sociales, merecen sus derechos fundamentales y, que va a significar lograr el pleno desarrollo de su personalidad.

X

La atribución de la vivienda es una de las cuestiones con mayor relevancia económica -la más importante en casi todas de las familias- y, por ello, una de las más conflictivas. Una vez producida la crisis, allá donde se desarrolló la vida familiar va a seguir siendo el lugar donde se ejerzan las funciones de cuidado y atención de los hijos. Además no olvidemos que con la ruptura se quiebra el sistema económico de una familia. No es raro que tras la petición de guarda y custodia esté el interés de obtener una medida favorable en cuanto a la atribución de la vivienda. Ante la carencia de una norma positiva que atienda a los supuestos de custodia compartida, el Juez tendrá que aplicar análogamente el art. 96 CC, teniendo en cuenta todos los intereses afectados y cuál es el más necesitado de protección, las capacidades económicas de cada progenitor o la titularidad de la vivienda. No se descarta en este sistema de guarda una atribución temporal de la vivienda, si están o pueden ser cubiertas las necesidades de los menores y del progenitor más necesitado de protección por otros medios.

XI

La obligación de alimentos, con toda su carga ética de cubrir económicamente las necesidades de los hijos, pero también de asistir y cuidar directamente de los mismos, corresponde a ambos progenitores, en proporción a sus capacidades económicas, a las necesidades de los hijos y a los tiempos de permanencia con cada uno de los progenitores, ello implica que el establecimiento de una custodia compartida no va a hacer desaparecer la necesidad de fijar una pensión de alimentos, lo que ocurre es que se adaptará a las particularidades de este sistema de guarda. Igual que los tiempos de estancia con los hijos no tienen porqué repartirse por mitad, con la obligación de alimentos ocurre lo mismo, y en función de las circunstancias personales y económicas de cada progenitor se distribuirán proporcionalmente. Lo más justo, podríamos decir que sería fijar inicialmente la cantidad que los hijos necesitan para cubrir sus necesidades y después, distribuir esa carga entre los progenitores en función de sus disponibilidades. Podemos afirmar que la custodia compartida al suponer un reparto más equitativo de las cargas económicas a la larga puede llegar a evitar el impago de alimentos. El derecho de alimentos de los hijos supone que éstos se tienen que ver afectados lo menos posible por la crisis matrimonial, deben seguir disfrutando, en la medida de lo posible, de las mismas condiciones que tenían antes de producirse la crisis en cuestiones materiales o no, que afectan al correcto desarrollo de su personalidad. La limitación temporal en la pensión de alimentos no debe contemplarse, no olvidemos que es una carga en beneficio de los hijos, que no pueden quedar a la expectativa de que uno de los progenitores con los que conviven pueda o no encontrar un medio de subsistencia, mucho más en tiempos como los actuales de crisis económica y precariedad en los empleos.

XII

Si la adopción de unas medidas adecuadas es el soporte del buen funcionamiento de la custodia compartida, no debemos olvidar que un cambio de las circunstancias tiene que dar la posibilidad de revisar dichas medidas, es más, por la propia evolución del menor, es algo que necesariamente se va a producir. La modificación de medidas con fundamento en la actual doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica, también aboca a variar las medidas adoptadas con anterioridad, siempre que quede justificado que con el nuevo régimen se hubiesen impuesto unas medidas distintas a las acordadas con el antiguo.

