



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2015/2017

TÍTULO
LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA

Nombre la estudiante: REBECA ALONSO GARCÍA

Tutora: ALICIA VAQUERO BORREGO

Diciembre 2016

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TÍTULO
GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA

TITLE
SHARED CARE AND CUSTY

Nombre de la estudiante: REBECA ALONSO GARCÍA

e-mail de la estudiante: Rebeca.ag12@gmail.com

Tutora: ALICIA VAQUERO BORREGO

RESUMEN

Actualmente, nos encontramos con una gran transformación de la sociedad española, y concretamente de la familia española, la madre se ha incorporado a la vida laboral y ya no se dedica exclusivamente a las tareas domésticas que incluyen el cuidado de los hijos. Esta nueva situación ha supuesto que tras las crisis matrimoniales aparezca otra posibilidad de guarda y custodia denominada guarda y custodia compartida.

El objetivo de este trabajo es analizar en qué consiste dicha medida de crisis familiar, así como exponer cuáles son sus características principales, los criterios y supuestos de atribución, y sus ventajas e inconvenientes; todo ello, tras el estudio de las normas tanto estatales como autonómicas que regulan la custodia compartida; y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido el "padre" de esta medida pues ha ido perfilando y completando esta figura jurídica hasta el punto de considerarla como una medida "normal e incluso deseable", así como que se debe adoptar siempre atendiendo al interés superior del menor, otro aspecto importante que merece especial mención en este trabajo.

En definitiva, a través de este estudio podremos concluir si es una medida más acorde que la guarda y custodia monoparental al equipararse mejor a la nueva realidad social familiar.

PALABRAS CLAVE: guarda/ custodia/ compartida/ jurisprudencia / Tribunal Supremo / interés del menor

ABSTRACT

KEYWORDS: care / custody/ shared / Jurisprudence / Supreme Court / interest of

Actually, we find a lot of changes in the Spanish society, and concretely of the Spanish family, the mother has joined to the labor life and already she does not devote himself exclusively to the domestic tasks that include the care of the children. This new situation has supposed that after the matrimonial crises appears another guard's possibility and custody named guards and shared custody.

The aim of this work is to analyze of what the above mentioned familiar measure consists, as well as exhibit which are his principal characteristics, the criteria and suppositions of attribution, and his advantages and disadvantages; all this, after the study of the both state and autonomous procedure that regulate the shared custody; and of jurisprudence of the Supreme Court that has been the "father" of this measure since it has been outlining and completing this juridical figure up to the point of considering it to be a "normal and even desirable" measure, as well as that it is necessary to adopt always attending to the top interest of the minor, another important aspect that deserves special mention in this work.

Definitively, across this study we will be able to conclude if it is a measure more identical than the guard and single-parent custody on having be compared better to the new social familiar reality.

minor

ABREVIATURAS:

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LO: Ley Orgánica.

MF: Ministerio Fiscal.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN	2
II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	4
III. REGULACIÓN LEGISLATIVA: ANTECEDENTES, REGULACIÓN LEGISLATIVA COMÚN, REGULACIÓN LEGISLATIVA AUTONÓMICA Y ANTEPROYECTO DE LEY.....	8
IV. REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO	14
V. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	23
VI. SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	32
VII. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	35
VIII. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	43
IX. CONCLUSIONES	47
X. BIBLIOGRAFÍA.....	49

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

I. INTRODUCCIÓN

Partimos para el estudio que nos atañe de la base de dos conceptos que debemos tener muy claros para evitar su confusión que son la patria potestad y la guarda y custodia. Pues bien, la patria potestad se define como conjunto de deberes y derechos intransmisibles e irrenunciables en relación con los hijos y sus bienes que la ley confiere a los padres y se basa en la premisa de que los progenitores tienen la obligación estar con los hijos menores de edad o no emancipados, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes. Por otro lado, la guarda y custodia es el conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor que convive con los hijos menores teniendo por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos menores y comprende la guarda, representación y la administración de sus bienes, es decir, se entiende como el cuidado cotidiano de los menores, vivir, cuidar y asistirlos. La diferencia principal radica en que la patria potestad es compartida entre ambos progenitores pues es indisponible, y en cambio, la guarda y custodia del menor se puede atribuir de manera exclusiva a uno de los padres, se puede otorgar a un tercero o bien puede ser compartida entre ambos siendo ésta última la protagonista de este trabajo.

Durante el matrimonio, cuando todavía existe una convivencia entre los progenitores, la guarda y custodia de los hijos menores la desempeñan los dos padres. El problema aparece con la crisis matrimonial y consecuente ruptura de la convivencia pues es en ese momento en el que surgen las preguntas referentes a cómo debe llevarse a cabo el ejercicio de la guarda y custodia de los menores y las relaciones parternofiliales ya que los progenitores según el artículo 92.1 CC tienen obligaciones para con sus hijos pues la familia al contrario del matrimonio no es disoluble y cuando se rompe la convivencia se debe reorganizar el sistema de relaciones familiares como así afirmó Roca Trías: “no se extingue la familia, solo cambia el modo de relacionarse de sus antiguos componentes”¹; además, los menores son la parte en esta situación de ruptura más perjudicada emocional y psicológicamente pues son la parte más débil y por ello se debe tener en cuenta siempre sus legítimos intereses, configurándose en este sentido como criterio rector en todas las resoluciones judiciales en las que se halle involucrado un menor, la protección del interés superior del menor.

¹ ROCA TRÍAS, Encarnación. “Libertad y Familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de recepción pública como académica de número”. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 2012, págs., 16 y 143.

Existen interpretaciones diferentes respecto a la guarda y custodia que se va a atribuir a los progenitores, pero debido a la nueva realidad social y familiar ha adquirido mayor importancia el sistema de guarda y custodia compartida pues se fomenta así que los dos progenitores se hagan responsables de igual forma de sus obligaciones parentales tras producirse la ruptura; y, por otro lado, se ha atendido la demanda social de aquellos padres que habían adquirido el papel de “padre-visitador” pues los Tribunales venían otorgando la guarda y custodia en exclusiva a uno de los progenitores y el otro solamente tenía un régimen de visitas, comunicaciones y estancias.

Por lo tanto, a lo largo de este trabajo analizaremos el concepto de la guarda y custodia compartida, sus características generales, la regulación legislativa, tanto sus antecedentes como su previsión en el CC e introducción en la Ley 15/2005, de 8 de julio y las posibles reformas que se pretenden implantar mediante el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio, su regulación legislativa por parte de algunas Comunidades Autónomas, así como la jurisprudencia creada en torno a esta figura jurídica pues han sido las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo debido a la insuficiente regulación legislativa las que han ido con el paso del tiempo concretando, perfilando y clarificando esta medida familiar.

Finalmente, todo este análisis nos llevará a realizar una serie de conclusiones sobre los aspectos más relevantes y destacados de la materia tratada para aportar así lo que se considera más significativo, lo que se debería tener en cuenta o lo que debería adaptarse mejor a la adecuada apreciación de la realidad.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La guarda y custodia es *“aquella potestad que atribuye a los padres 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 períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda y custodia compartida) 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 la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores”*².

Actualmente existen distintos tipos de custodia, por un lado, la guarda y custodia que se atribuye a los progenitores; y por otro, en función de las circunstancias y del interés superior del menor también puede atribuirse a los abuelos, a otros familiares, a personas allegadas o incluso a entidades públicas.

A su vez, la guarda y custodia que se atribuye a los padres puede ser de dos tipos: guarda y custodia monoparental que implica que tras la ruptura del matrimonio y de la unidad familiar la atribución y el ejercicio se encomiende a uno de los dos progenitores que es el que convivirá con el menor hasta que alcance la mayoría de edad, teniendo el padre o la madre, sin perjuicio de ser titular de la patria potestad, el derecho a un régimen de visitas; y la guarda y custodia compartida, entendida como *“aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y 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 y necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de desacuerdos que puedan surgir en el futuro”*³. Es decir, la guarda y custodia compartida implica que hay una separación física entre dos cónyuges o personas con una relación análoga de afectividad y que tienen hijos comunes por lo que a partir de ese momento colaboran para ejercitar el cuidado de los menores y en el reparto de sus derechos y obligaciones para con sus hijos; también, doctrinalmente ha sido definida como aquella: *“situación, consecuencia del cese de la*

² Fabiola Lathrop Gómez. Custodia compartida de los hijos. Editorial: La Ley, Madrid, 2008. Pág. 39

³ SAP Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007

*convivencia entre los progenitores, en la que ambos se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad, que conlleva en definitiva una configuración “abierta y adaptable” a las circunstancias de los afectados, y que su regulación debe ser ajustarse al criterio superior del interés del menor.”*⁴.

Además, la Sala 1ª de TS incide en que *“la guarda y custodia no consiste en un “premio o un castigo” al progenitor que mejor o peor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determina lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor”*⁵.

Respecto a la definición legal, cabe añadir que frente a la ausencia de aportación de una definición de guarda y custodia compartida por parte del Código Civil y de la mayoría de las legislaciones autonómicas, la Comunidad Valenciana ha sido la única que ha definido este concepto de la siguiente forma: *“ Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordando voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial”*.⁶

En este sentido, y finalmente en lo que respecta al concepto, cabe hacer mención a que algunos autores consideran que la palabra “custodia compartida” es errónea; así pues Rodríguez Chacón⁷ señala que “unos de los aspectos más polémicos de la reforma es la introducción de la probablemente mal llamada “custodia compartida” o- todavía peor- “custodia conjunta”, terminología del Proyecto remitido por el Gobierno”. “En efecto si los padres viven separados- y de eso es lo que estamos hablando- por definición no podrán ejercer una “custodia conjunta”. Tampoco podrán “compartirla” en sentido propio. La custodia es una situación de hecho, vinculada a una convivencia con el hijo. No puede, por ello, ser “conjunta” o “compartida” en caso de separación o divorcio, salvo que los padres separados o divorciados inicien una convivencia de hecho. Por eso, tal vez sería mejor hablar de custodia “repartida”, “distribuida” o “alternativa o alternada”.

⁴ ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, op.cit., pág.149.

⁵ STS, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2011, STS de 10 de diciembre de 2012.

⁶ Artículo 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana.

⁷ RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación, Edic. Experiencia. Barcelona.2005, p.82.

También, en esta línea se ha manifestado Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga⁸ afirmando que “*compartir* quiere decir, en este sentido, tener, usar o consumir una cosa entre varios. Tiene un claro componente de simultaneidad o de ejercicio en el mismo momento o en el mismo tiempo, y eso es lo que precisamente es opuesto a esta forma de guarda. La patria potestad puede compartirse porque es un derecho sin sustento fáctico. (...) Para compartirla se tiene que ejercer de modo simultáneo y en el mismo lugar, y, por lo tanto, el objeto de ella ha de convivir con los sujetos de la guarda. Se comparte la custodia, cuando se comparte la convivencia: cuando se convive con los dos que la comparten. Lo cual es contradictorio con las situaciones para las que se pretende crear esta figura jurídica, que son las de separación de sus titulares. Se podría hablar de custodia sucesiva o alterna, pero no compartida. Las decisiones diarias sobre la vida, salud, educación y otras consuetudinarias, las adopta aquel con quien el menor se encuentra físicamente o en cuya casa mora el menor en el instante de adoptarse. No son conjuntas sino que algunas veces las toma uno, con quien se encuentra el menor en ese momento, y otras el otro progenitor cuando está el niño con él. (...) Hablar de ejercicio *conjunto* de la guarda resulta equívoco. La guarda, la custodia o el cuidado implican convivencia o al menor presencia. Por lo tanto, a diferencia de la patria potestad, no se puede ejercer *conjuntamente* o no se puede compartir por quienes no conviven juntos. Se trata de una alternancia o una sucesión. La Ley francesa- el Código Civil reformado por la Ley n°2002-305, de 4 de marzo de 2002- habla de “*residencia alternativa*”, que evidentemente es mucho más ajustado a la realidad de la situación que se discute.”

Señalado lo anterior, considero que el concepto idóneo sería el de “custodia alternativa” pues la convivencia con el menor se da de forma alternativa y dicha convivencia deriva de la guarda, custodia y cuidado como bien ha señalado Zarraluqui. Además, debo poner de manifiesto la importancia que tienen estas matizaciones de las que el legislador debería tomar nota pues es sumamente relevante utilizar la palabra exacta y más si forma parte de un concepto jurídico puesto que una simple palabra errónea puede dar lugar a equivocaciones y mal interpretaciones.

⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, I Jornadas de Derecho de Familia Salamanca. Edic. Libertas.2016. p. 28.

Finalmente, de las definiciones extraemos las características que determinan esta figura jurídica siendo éstas las siguientes: Los progenitores están en un plano de igualdad en lo que respecta a las tareas de guarda, custodia y cuidado de los hijos menores que tienen en común; es “abierta y aceptable” luego en consecuencia en una misma figura jurídica se pueden integrar muchas situaciones de la práctica judicial diaria⁹; y es una medida que afecta a menores luego su regulación debe ser siempre acorde al interés del menor.

Desde el punto de vista subjetivo, la guarda y custodia compartida es una medida de crisis familiar muy acertada ya que con la guarda y custodia compartida se hace real la posibilidad de que sean los dos progenitores los que compartan responsabilidades diarias y cotidianas en relación al menor como por ejemplo su educación y se abandona la figura del progenitor no custodio que simplemente realizaba tareas de ocio con el menor.

⁹ Ejemplos de sistemas de alternancia entre los progenitores que ofrece la jurisprudencia: - Alternancia de dos días entre semana y fines de semana: SSAP de Zaragoza, Sección 1ª, de 13 de marzo de 2013, de Barcelona, Sección 12ª, de 16 de enero de 2013. - Alternancia semanal: SSAP de Baleares, Sección 4ª, de 26 de febrero de 2013 o de Barcelona, Sección 12ª de 7 de febrero de 2013 y con alternancia del domicilio familiar por lo progenitores: SAP de Alicante, Sección 4ª, de 27 de diciembre de 2012. - Alternancia quincenal SAP de Valencia, Sección 10ª, de 27 de diciembre de 2012 o Madrid, Sección 22ª, de 20 de julio de 2012 y alternancia mensual: SAP de Valencia, Sección 10ª, de 27 de septiembre de 2012.

III. REGULACIÓN LEGISLATIVA: ANTECEDENTES, REGULACIÓN LEGISLATIVA COMÚN, REGULACIÓN LEGISLATIVA AUTONÓMICA Y ANTEPROYECTO DE LEY.

Los antecedentes jurídicos de la guarda y custodia compartida los encontramos principalmente en nuestra tradición histórica donde el Derecho Canónico primaba en el ordenamiento jurídico español y especialmente en la esfera del Derecho de Familia. En este sentido, el concepto de matrimonio estaba influenciado por la religión católica entendiéndose salvo por causas previstas en el Código Canónico, como una unidad indisoluble cuya función consistía en formar una familia para procrear y aumentarla. Tras idas y venidas, tanto en la Segunda República como la Dictadura Franquista, finalmente, con la promulgación de la Constitución Española se dicta la Ley 30/1981 conocida como la “Ley del Divorcio” que recogía la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial si concurrían los supuestos regulados en el artículo 86, entre los que destacan, el previo cese de la convivencia conyugal y el incumplimiento continuo de los deberes conyugales.

Por otro lado, cabe hacer mención al artículo 92 del Código Civil ya que en su primera redacción recogía supuestos de crisis matrimoniales en el caso de que el matrimonio tuviera hijos y ponía de manifiesto que la existencia de conflictos familiares no exime a los padres de las obligaciones que tiene para con sus hijos debido a la patria potestad, hacía hincapié en la importancia del principio de interés superior del menor y de escuchar a éste cuando superase los doce años y tuviera juicio suficiente y por último, en su apartado 4 reconocía la custodia monoparental configurándose en consecuencia el derecho de visitas y quedando la custodia compartida como una medida de carácter excepcional.

Finalmente, en 2005 entra en vigor la Ley 15/2005, de 2 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Fue con la promulgación de esta ley con la que se prevé legalmente de forma expresa la guarda y custodia compartida al introducir en nuestro ordenamiento jurídico el concepto y la atribución de ésta a través de la modificación del artículo 92 del Código Civil, concretamente aparece regulada en sus apartados quinto y octavo¹⁰; además,

¹⁰ Artículo 92 CC: 5. *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 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 y 8. excepcionalmente, aun cuando no se den los*

elimina todas las causas que se establecían cuando cabía la disolución del matrimonio ya que el legislador entiende que incluso una de las dos personas puede romper de forma unilateral este vínculo por el simple hecho de que no quiera seguir manteniendo una relación de afectividad con su cónyuge.

La regulación legislativa común no es la única existente sino que también existe una regulación autonómica en base al artículo 149.1.8 de la Constitución Española¹¹; en este sentido, las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco han regulado el régimen de custodia compartida.

La primera comunidad autónoma que reguló de forma específica la custodia compartida fue Aragón en el año 2010 mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres estableciendo una preferencia expresa de la custodia compartida frente a la monoparental en el artículo 80.2 del Código foral aragonés que entiende que en interés de los hijos menores el juez adoptará preferentemente la custodia compartida. Ante estas dos formas de custodia, existen dos principios que inspiran la prevalencia de la custodia compartida que son, en primer lugar, el principio del interés superior del menor y en segundo lugar, el principio de igualdad de los progenitores a la hora de relacionarse con sus hijos y es en este punto en el que se observa la primera diferencia del derecho aragonés respecto del derecho común al entender que en principio se aplicará la custodia compartida y no podrá aplicarse solamente cuando sea perjudicial para el menor; también se diferencian en que la legislación aragonesa amplía el ámbito subjetivo en lo que concierne a los requisitos necesarios para que se aplique esta medida y que son la ruptura de la convivencia y la existencia de hijos a cargo de la pareja; por lo tanto, no se tiene en cuenta el estado civil de los progenitores, ampliándose dicha medida a las uniones de hecho y a las parejas estables que no están casadas y tampoco se tiene en cuenta si los hijos son matrimoniales o no pues la Constitución Española establece una igualdad de los hijos

supuestos de 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.

¹¹ Artículo 149.1.8 CE: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*

independientemente de cual sea su origen¹². Por último, una tercera distinción se contempla en que el derecho aragonés regula de una forma más extensa el modo en el que se debe proceder cuando se aplica esta medida, regula ampliamente las cuestiones económicas como la atribución de la vivienda familiar, los gastos de asistencia o la asignación compensatoria.

En segundo lugar, Cataluña incorporó al libro segundo de su Código Civil la Ley 25/2010, de 29 de julio caracterizada en este aspecto por la creación del Plan de Parentalidad que consiste en que el legislador intenta que sean los cónyuges mediante acuerdo quienes decidan la forma en la que se va a llevar a cabo la educación, el cuidado y la guarda de sus hijos. En este sentido, si analizamos el artículo 233.10 del Código civil catalán se aprecia que el legislador fomenta la custodia compartida pues indica que los padres deberían establecer un régimen en el que exista una igualdad entre ambos progenitores en la cohabitación y en el cumplimiento de las obligaciones para con sus hijos menores de edad¹³.

Seguidamente, la Comunidad Autónoma de Navarra promulga la Ley 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Esta ley no establece preferencia de la custodia compartida frente a la monoparental pues el legislador entiende que se debe de aplicar una u otra atendiendo siempre al principio del interés del menor¹⁴ siendo la única Comunidad Autónoma que regula de forma expresa las dos medidas y establece los criterios de elección que tienden a asegurar la igualdad entre hombres y mujeres.

Por otro lado, el legislador valenciano ya en el año 2008 con la Ley 12/2008 de protección integral de la infancia y adolescencia de la comunidad autónoma Valenciana muestra su preferencia respecto a la custodia compartida basándose en el derecho de los menores a vivir con sus padres y a mantener relaciones personales contacto directo con cada uno de ellos y en esta línea se promulga en el 2011 la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la

¹² El artículo 39.2 de la CE consagra el principio de *“la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación”*.

¹³ Artículo 233.10 C.C.Catalán: *“ La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales”*

¹⁴ Artículo 3.2 y 3 de la Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre guarda y custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres: *2. En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos. 3. El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores (...).*

Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, es decir, la Ley llanamente conocida como “Ley de Custodia Compartida”, que prevé el principio de coparentabilidad relacionado con el principio del interés de menor pues garantiza que los dos progenitores participen de igual forma en lo concerniente a las decisiones que afectan a sus hijos menores y reconoce el derecho de éstos últimos a crecer con sus padres mediante una convivencia igualitaria y regular necesitando por parte de los progenitores una mayor cooperación, diligencia y compromiso.

Existe una diferencia que llama la atención de la legislación valenciana respecto del resto de leyes forales y de la ley común ya que sustituye el término “régimen de custodia” por “régimen de convivencia” definido como “un sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores cuando éstos no tengan el mismo domicilio familiar, caracterizado por la búsqueda de distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de con cada progenitor”.¹⁵

El reflejo de que esta legislación autonómica aboga como regla general por el régimen de convivencia compartida lo encontramos en el artículo 5.2 de la Ley 5/2011¹⁶. Las previsiones contenidas en dicho precepto serán de aplicación siempre que se den los requisitos de su apartado cuatro entre los que se encuentran la edad o la audiencia del menor coincidiendo así como sucedía con la anterior redacción del artículo 9.2 del Código Civil suprimido por la Ley 15/2005. Por otro lado, y también coincidiendo con la legislación común, la ley valenciana entiende que supondrá un obstáculo la existencia de violencia doméstica para la concesión del régimen de convivencia compartida siempre y cuando exista una resolución judicial motivada y un riesgo objetivo de los menores.

En último lugar, debemos hacer una referencia al País Vasco pues aprobó el 1 de octubre la Ley 7/2015, de 30 de junio de 2015, de Relaciones Familiares en supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores. El artículo 9 de esta Ley en su apartado 3 pone de manifiesto que la guarda y custodia compartida tendrá carácter preferente cuando no sea perjudicado el menor, se cumplan las circunstancias que recoge y la solicite uno de los progenitores¹⁷. Además, el apartado 2 de este artículo 9 dispone que aunque

¹⁵ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, pág.58.

¹⁶ Artículo 5.2 de la ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven :” *Como regla general se atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos, sin que sea obstáculo la mala relación entre los progenitores*”.

¹⁷ Artículo 9.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de 2015, de Relaciones Familiares en supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores: “*El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las*

uno de los progenitores se oponga o aunque exista mala relación entre los dos sí se podrá conceder la custodia compartida si ello favorece el interés del menor¹⁸. Finalmente, existen otros artículos en este texto legislativo que hacen referencia a la custodia compartida y éstos son los apartados 3 y 4 del artículo 11 que establecen la excepción a la custodia compartida en caso de violencia doméstica y el artículo el 12.4 que hace referencia a la atribución y el uso de la vivienda en caso de que la guarda y custodia fuera compartida¹⁹.

Para concluir este epígrafe, debemos añadir que la regulación tan pobre que realiza sobre la guarda y custodia compartida la Ley de 15/2005 genera la necesidad de que ésta se regule de forma más extensa. En este sentido, el 19 de junio de 2013 en la reunión del Consejo de Ministros, el Gobierno aprobó el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio, es decir, el “Anteproyecto de Ley de custodia compartida”. Los objetivos principales de este Anteproyecto son ofrecer una regulación legal acorde con las actuales transformaciones que han surgido en la sociedad, modificar la regulación desfasada, restrictiva y rígida del actual artículo 92 del Código Civil para que el régimen de custodia compartida sea el ordinario y preferente y no el excepcional; y por último, este anteproyecto intenta equiparar la regulación estatal sobre la guarda y custodia compartida con la regulación específica de las Comunidades Autónomas. Para llevar a cabo dichos objetivos este texto legislativo realiza una equiparación de términos, así pues, equipara el

siguientes circunstancias: a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores. b) El número de hijos e hijas. c) La edad de los hijos e hijas. d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años. e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados. f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo. g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas. h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes. i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuentan. j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.”

¹⁸ Artículo 9.2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de 2015, de Relaciones Familiares en supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores: “*La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor*”

¹⁹ Artículo 12.4 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de 2015, de Relaciones Familiares en supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores: “*Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas*”:

término patria potestad a responsabilidad parental; el de custodia a coparentabilidad y corresponsabilidad en el cuidado de los menores; y el de régimen de visitas a período de convivencia o de estancia. Por otro lado, realiza modificaciones en el artículo 92 para incluir en la legislación común los requisitos de la jurisprudencia y de la legislación de las comunidades autónomas con derecho foral, así pues se regula el plan de ejercicio de la responsabilidad parental de modo que los padres realizan acuerdos en beneficio del menor y el juez será el que determine si admitirlo o denegarlos en su totalidad o en parte si considera que pueden organizarse de una forma distinta que podría beneficiar más el interés del menor; y modifica el actual apartado 8 estableciendo la posibilidad de que el juez pueda adoptar un régimen de custodia compartida de los hijos aún en el caso de que ninguno de los progenitores lo solicite; modifica también el apartado 7 exigiendo una previa sentencia firme de violencia de género para que se pueda impedir que el condenado ostente la custodia en cualquier tipo de régimen.

Finalmente, especial mención merece la introducción del artículo 92 bis y concretamente su apartado 1²⁰ que llama la atención porque no impone como sistema preferente ningún régimen de custodia, ni el compartido, ni el individual sino que entiende que será el juez el que deberá decidir qué tipo de régimen se aplica en función del interés del menor, del principio “favor filii”.

²⁰ Artículo 92.1 bis CC en la redacción del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio: *“El juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés del superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”*.

IV. REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La incompleta o apenas inexistente regulación legal en el plano estatal sobre la guarda y custodia compartida ha generado la necesidad de que sean los propios Tribunales los que han ido clarificando, definiendo y perfilando los aspectos esenciales de este modelo de custodia. A día de hoy, son numerosas las sentencias que han hecho referencia a este régimen pero especial importancia merece la doctrina del Tribunal Supremo y por ello en este apartado realizaremos un breve estudio de sus sentencias clave en esta materia.

La Sala 1ª del TS pone de manifiesto que la guarda y custodia compartida debe ser una medida normal y no excepcional, así lo señaló ya en la STS de 7 de julio de 2011 y actualmente, en el mismo sentido, se ha dictado la STS, de 16 de febrero de 2015 en la que dispone: *“Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”; doctrina que se reitera en las SSTS 25 de abril , 30 de octubre y 18 de noviembre 2014 , entre otras”* y la STS de 27 de junio de 2016: *“2En sintonía con lo anterior se ha de partir (SSTS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013) de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser lo normal y deseable, señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013 , 25 de abril de 2014 , 22 de octubre de 2014, Rc. 164/2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas, ha supuesto un cambio de visión extraordinario hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal”*.

También, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013, evidenció la conveniencia del modelo de custodia compartida: *“la continuidad de cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda*

la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación” y estableció una serie de criterios en función de los cuales podrá valorarse si es conveniente que se aplique o no, entre ellos, el mutuo respeto entre los progenitores: “ Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Mención importante merece también la STS de 3 de mayo de 2016 que hace referencia a la bondad del sistema: *“La Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016 y 9 de marzo de 2016 , entre las recientes) ya que con dicho sistema (SSTS 25 de noviembre de 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre 2015 y 17 de marzo de 2016 , entre otras): (i) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. (ii) Se evita el sentimiento de pérdida. (iii) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. (iv) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Por tanto, no tiene sentido, con la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, cuestionar la bondad objetiva del sistema.”.*

Por otro lado, en una de sus últimas sentencias, la STS 194/2016, de 29 de marzo, este Tribunal pone de manifiesto la importancia que tiene que las Audiencias Provinciales respeten su doctrina pues al encontrarnos ante *“un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares”* es necesario que se pronuncien en la misma línea que el TS cumpliendo así el principio de seguridad jurídica ya que la Sentencia de la AP de Madrid que casa y anula el TS *“pone en evidente riesgo la seguridad jurídica”* debido a un desconocimiento de la jurisprudencia y al hecho de resolver el caso sin hacer ningún tipo de referencia al interés del menor. No obstante, el Alto Tribunal es consciente en esta sentencia y así lo refleja de que se trata de supuestos concretos y ello impide en numerosas ocasiones formular una doctrina concreta: *“Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en*

las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor”.

El TS ha destacado en su Sentencia de 15 de octubre de 2014 la necesidad de probar y justificar que es conveniente el modelo de custodia compartida siendo una obligación de los progenitores interesar este sistema con un plan que recoja con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que tendrá para los hijos cuando se produzca la crisis de la pareja tratando por lo tanto, la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, su educación, salud, cuidado, períodos de convivencia y comunicación con cada progenitor, deberes referentes a la guarda y custodia, régimen de relaciones con hermanos, abuelos, parientes o personas allegadas, etc. En la misma línea se pronuncia en la STS de 3 de marzo de 2016: *“Pues bien, los hechos que tiene en cuenta la sentencia no permiten establecer este régimen en interés de la menor. Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".*

También, la Sala 1ª de este Tribunal en una sentencia muy reciente, la STS 28 de enero de 2016, ha establecido las bases para fijar la forma del desarrollo de la guarda y custodia compartida que deben ser tomadas como una orientación y no como un numerus clausus²¹ siendo éstas las siguientes

²¹ BAENA RUIZ, Eduardo, I Jornadas de Derecho de Familia Salamanca.2016.

según dicha sentencia: “(...) si bien se establecen las siguientes bases: 1ª.- Se primará el acuerdo entre ambas partes. 2ª.- Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño. 3ª.- El progenitor que no tenga consigo al hijo y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas. 4ª.- Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.”.

Otro aspecto sobre el que se ha pronunciado este Tribunal ha sido en lo referente a los supuestos de mala relación o conflictividad entre los padres. En este sentido, en la Sentencia 579/2011, de 22 de julio dejó claro que “*las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes, cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor*”. En la misma línea, en la Sentencia 619/2014 de 30 de octubre de 2014, el TS consideró que no se podía adoptar la guarda y custodia compartida debido a que la situación de conflictividad entre los progenitores haría que esta medida fuera perjudicial para el interés del menor y por lo tanto desaconseja la adopción de este sistema de custodia. Por el contrario, en la STS 96/2015, de 16 de febrero, consideró que las discrepancias entre los padres no hacían imposible el régimen de guarda y custodia compartida ya que entendía que las razones dadas para no adoptar dicho régimen compartido “*no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo*”; también la STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015, afirmó que siempre que establecer un régimen de custodia compartida beneficie a los menores, la conflictividad entre los progenitores no será un obstáculo que impida su adopción.²²

La STS 96/2015, de 16 de febrero anteriormente mencionada, continuaba añadiendo que “*para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo*”, es decir, hace hincapié en el diálogo entre los progenitores plasmado nuevamente en la STS 143/2016, de 9 de marzo, en la que recuerda que optar por un sistema de guarda y custodia compartida necesita de una mínima

²² STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015: “*La mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores*”.

capacidad de diálogo y colaboración entre ambos ya que sin ellos, la custodia compartida no sería exitosa y se perjudicaría el interés del menor²³.

El Alto Tribunal en la STS 579/2011, de 22 de julio, anteriormente citada ha tratado la situación que se manifiesta cuando los progenitores tienen nuevas parejas entendiendo que: “ *No existe ningún dato que permita mantener la afirmación de la sentencia relativa a que “ otorgar una custodia compartida por ambos progenitores podría introducir un peligroso elemento de confusión en los menores, en el delicado período de la adolescencia en que se encuentran, que pueden no saber a qué atenerse en situaciones puntuales...potenciándose aún más el peligro de confusión por parte de éstos por el hecho de que ambos progenitores cuentan con respectivas nuevas parejas, que sin duda intervendrán en los período en que a os menores les corresponda estar bajo la custodia de su actual cónyuge”.* Posiblemente será más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, como ha dicho esta Sala (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010; 7 julio de 2011, entre otras), pero lo que en ningún caso descalifica esta forma de custodia es el hecho, normal en estos casos, de que los padres rehagan su vida con nuevas parejas, situación que puede ser incluso positiva y de interés al menor”.

Por otro lado, el TS ante la ausencia de regulación estatal se ha visto obligado a pronunciarse sobre los aspectos económicos del matrimonio tras sus crisis, concretamente en lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar y a la pensión de alimentos. Respecto a la primera de ellas, el TS ha ofrecido tres tipos de soluciones que ha plasmado en alguna de sus sentencias.

La primera solución sería la aplicación del artículo 96.1 CC, en este sentido, en la STS 594/2014 , de 24 de octubre, la Sala insiste en que debe tenerse en cuenta la atribución de uso del domicilio conyugal para determinar la cuantía de la pensión de alimentos de lo que se interpreta que implícitamente está dando por hecho que el uso de la vivienda familiar se atribuye a uno solo de los progenitores y ello supone que se aplique el párrafo primero del artículo 96 CC que dispone “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”²⁴.

²³ STS 143/2016, de 9 de marzo: “y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”.

²⁴ Belén Urueña Carazo. “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014. De 24 de octubre”, LA LEY Derecho de familia, núm. 6/2015.

La segunda solución la encontramos en la STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014 en la que al no contener el Código Civil una regulación específica de esta materia, en este supuesto debía de aplicarse analógicamente el párrafo segundo del artículo 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente” llevando a cabo una labor de ponderación de las circunstancias atendiendo a dos factores, en primer lugar, el del interés del más necesitado de protección y el segundo, a si el domicilio familiar es privativo de uno de los cónyuges, de los dos, o de un tercero.

Finalmente, la STS 576/2014 de 22 de octubre recoge la tercera y última solución que sería someter la vivienda familiar a liquidación pues no se pone de manifiesto que la madre necesite una especial protección²⁵ por lo que podrá usarla pero no más allá de un plazo prudencial como también entiende en la STS 465/2015, de 9 de septiembre, en la que se fija un plazo de tres años para que el padre use la vivienda familiar, pero transcurridos deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, y ésta se integrará en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; y en la STS 658/2015, de 17 de noviembre en la que adopta que la madre pueda mantenerse en la vivienda familiar por un plazo de un año²⁶.

En relación con la fijación de la pensión de alimentos en los supuestos de guarda y custodia compartida, el TS establecía que si no existe desproporción en los ingresos, cada progenitor satisfará la pensión de alimentos el tiempo que esté con ellos²⁷. Otra vía adoptada por este Tribunal

²⁵ STS 576/2014 de 22 de octubre: “...adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección de un Hospital y según el padre es profesora de colegio menor y convive en la que era la residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación.”

²⁶ STS 658/2015, de 17 de noviembre “ Esta Sala al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción a la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 del Código Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor, la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.”

²⁷ STS 571/2014, de 14 de octubre: “A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal y satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%”.

STS 616/2014, de 18 de noviembre: “ Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación

es la recogida en la STS 368/2014, de 2 de julio, en la que la determinación de los períodos de estancia, convivencia y alimentos del menor con cada uno de los progenitores se deja a la fase de ejecución de sentencia. También, merece ser mencionada en este apartado la STS 55/2016, de 11 de febrero en la que nuestro Alto Tribunal ha declarado expresamente que si existe desproporción entre los ingresos de los cónyuges, la guarda y custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos debiéndosela pasar a su exmujer para la manutención de sus hijas pues no percibe ningún ingreso²⁸ y dispone que en ningún caso esta pensión puede limitarse de forma temporal²⁹.

Por otro lado, El TS también se ha visto en la obligación de pronunciarse sobre la distancia entre los domicilio de los progenitores, así pues, sostiene que es un criterio a tener en cuenta y cuando pueda perjudicar al interés del menor por residir los padres en municipios lejanos no se atribuirá la guarda y custodia compartida y así lo plasmó en la STS 115/2016, de 1 de marzo.³⁰

La STS 36/2016, de 4 de febrero se pronunció sobre cómo afecta la situación de violencia de género en el ámbito familiar cuando se pretende conceder la guarda y custodia compartida. El artículo 92.7 CC regula esta situación disponiendo que: *“no procederá la guarda y custodia compartida cuando (...) el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*; el TS en la sentencia mencionada entiende que los hechos indiscutidos de violencia en el ámbito de la familia tienen una *“evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas,*

al hijo de los litigantes por períodos semanales durante los cuales cada progenitor, con ingresos propios, atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijos, debiendo hacer frente por mitad a los gastos escolares ordinarios, así como a los de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, siendo los gastos extraordinarios por mitad”.

STS 96/2015, de 16 de febrero: *“Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, dada la igualdad de profesión y retribución”*.

²⁸ STS 55/2016, de 11 de febrero: *“la custodia compartida no exime del pago de a pensión de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento seguro”*.

²⁹ STS 55/2016, de 11 de febrero: *“los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo”*; *“la limitación tiene sentido en una pensión compensatoria, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el artículo 152 del Código Civil”*.

³⁰ STS 115/2016, de 1 de marzo: *“Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción de un sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ellas que motivan la denegación del sistema de custodia compartida”*.

directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordada en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada". Además, si se otorgase se estaría vulnerando la doctrina que viene siguiendo esta Sala desde las SSTS 29 de abril de 2013, 16 de febrero y 21 de octubre de 2015 de exigir una relación de mutuo respeto entre los progenitores³¹; así como el artículo 2. 2. c) de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ³² que exige que el menor viva y se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo".

Por último, se debe tener en cuenta que para la consecución del régimen de guarda y custodia compartida, al igual que ocurre en los supuestos de atribución exclusiva a uno de los progenitores, debe verificarse la entrega y recogida de los menores, momento en el cual pueden existir problemas que la guarda y custodia no asegura que no se den por lo que en este sentido, nuestra jurisdicción penal se ha visto en la necesidad de conocer no pocos casos de incumplimientos. El TS se ha manifestado sobre ello, así pues en "Sentencia 870/2015, de 19 de enero de 2016, ha ampliado el concepto de sustracción por retención a los supuestos de guarda y custodia compartida entendiéndolo que si uno de ellos no devuelve al menor al otro progenitor custodio o guardador al que corresponde el ejercicio material de la custodia según los períodos rotatorios establecidos, incurrirá en un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis 2.2º del Código Penal, por "retención" ya que en estos casos de custodia compartida, rotatoria o dividida, no se lesiona el régimen de visitas y estancias, sino que se lesiona el régimen

³¹ STS 36/2016, de 4 de febrero: "*Es doctrina de esta Sala, que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad*".

³² Artículo 2. 2. c) de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia : 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

de guarda y custodia o de convivencia habitual del menor, que constituye precisamente el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores.

Y así, en la citada sentencia, nuestro Tribunal Supremo señala que, una vez establecido un régimen de guarda y custodia compartida de cumplimiento rotatorio, repartido o dividido, (y no conjunto, unido o mezclado), cuando el progenitor tiene consigo a los menores en su período no los devuelve una vez finalizado ese período, y, en cambio, retiene a los menores sin causa justificada, está privando al otro progenitor del ejercicio de la guarda y custodia correspondiente al nuevo período, por lo que incurre en un delito de sustracción de menores del apartado 2.2º del artículo 225 bis del Código Penal.

Y, en el caso concreto objeto de recurso de casación, se ratifica por el Tribunal Supremo la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra confirmando la previa condena impuesta por el Juzgado de lo Penal de Pamplona al padre como autor del delito de sustracción de menores por mantenerse en el viaje de vacaciones con los dos hijos menores, vacaciones que inició dentro del período de custodia compartida que le correspondía al propio padre, pero que prolongó indebidamente dentro de días del período de custodia compartida que rotatoriamente correspondía a la madre, por lo que, en esos días de vacaciones, el padre retuvo a los menores e impidió el ejercicio de la guarda y custodia que correspondía a la madre”.³³

³³ ROLLÁN GARCÍA, Juan, I Jornadas de Derecho de Familia Salamanca. Edic. Libertas.2016. pgs. 58 y 59

V. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La decisión sobre la determinación de la guarda y custodia compartida debe fundamentarse, y para ello tanto el legislador como los tribunales han establecido una serie de referencias a tener en cuenta para comprobar si es conveniente o no atribuir la guarda y custodia compartida.

Por un lado, la legislación estatal exige cuatro criterios que son los siguientes: un informe del Ministerio Fiscal, las valoraciones especiales, las valoraciones de especialistas y el principio de unidad familiar.

- En primer lugar, respecto al informe del Ministerio Fiscal debemos atender a los artículos 749.2 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores³⁴ pues es la figura jurídica que garantiza el interés del menor, vela por sus beneficios y salvaguarda sus derechos. Especial mención merece la STC 185/2012, de 17 de octubre, en la que el TC estudió la constitucionalidad del requisito del informe “favorable” del Ministerio Fiscal” que exigía el artículo 92.8 CC para que se pudiera adoptar la guarda y custodia compartida si sólo la había solicitado uno de los padres. El Alto Tribunal decidió que dicho requisito constituía un “poder de veto” a favor del Ministerio Público que limitaba de forma injustificada la potestad jurisdiccional del artículo 116.3 CE, por lo que el informe del Ministerio Fiscal sea o no favorable, no puede de ningún modo limitar la plena potestad jurisdiccional: *“ En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”*. También este Tribunal dispone que el hecho de denegar la guarda y custodia compartida porque el informe del Fiscal no sea favorable supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE: *“pues aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una sentencia, el pronunciamiento*

³⁴ “Será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados sea un menor”/ “Si hubiera menores (...) el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal”.

sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al dictamen del Fiscal”; continúa diciendo que: “A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional” para finalmente declarar la inconstitucionalidad del inciso “favorable” del apartado 8 del artículo 92 del Código Civil por ser contrario a los artículos 24 y 117.3 CE. Dicho esto, no puedo estar más de acuerdo con esta declaración de inconstitucionalidad pues considero que si bien aunque la intervención del Ministerio Fiscal es necesaria para salvaguardar los derechos e intereses de los hijos en común en una situación en que los progenitores están en conflicto, quizá el requisito legal de informe favorable del Ministerio Fiscal haría que en la práctica sea el Ministerio Público quien adopte las decisiones sobre guarda y custodia compartida otorgándole un poder que en nuestro ordenamiento jurídico no le corresponde.

- Por otro lado, en cuanto al criterio de las valoraciones especiales, es el apartado 6 del artículo 92 CC el que lo recoge disponiendo que: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá 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 continuación, el apartado 9 de este artículo nos muestra el tercer criterio al facultar al juez, si éste lo estima necesario, a solicitar dictámenes de especialistas cualificados: “El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”. Es importante añadir que la Sala de lo Civil del TS se ha pronunciado acerca de la especial relevancia que tiene el informe técnico psicosocial a la hora de adoptar la guarda y custodia compartida, así en la STS de 7 de abril de 2011 sostiene que: “En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone en el art. 92.9CC. En caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del

menor, como ha venido recordando esta Sala en las sentencias 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 setiembre 2009. La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida a criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria, o bien llegue a conclusiones erróneas, porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas, para evitar arbitrariedad”; y también deja constancia de la forma en la que el juez debe valorar estos informes, y en este sentido la STS de 19 de abril de 2012 dispone que: “ El tribunal realiza una correcta valoración de la prueba consistente en los informes de los servicios psicosociales del juzgado, que, al tener categoría de informes periciales, deben ser valorados de acuerdo con lo que dispone el art.348 LEC y no son vinculantes para el juez”. Es decir, los informes de los técnicos psicosociales deben valorarse atendiendo a las reglas de la “sana crítica”. Finalmente, la STS de 5 de octubre trata el tema de cómo deben ser los profesionales que elaboran estos informes, al determinar que: “ (...)En esta misma línea se pronuncia el artículo 92.9 CC al exigir al juez que recabe dictamen de “especialistas debidamente cualificados”, no necesariamente licenciados en psicología, en relación al modo de ejercicio de la patria potestad u el régimen de custodia de los hijos menores. Además, el art. 752.1 LEC establece un sistema de prueba abierto en los procedimientos que se refieran a menores. En cualquier caso, se aplicará el criterio del art. 348 LEC, porque el juez no está vinculado por un dictamen de peritos, aunque pueden ayudarle a tomar la decisión más conveniente”. Respecto a este criterio, me preocupa la importancia que se le da ya que entiendo que la regulación legal habla de dictamen del equipo psicosocial adscrito al Juzgado, omitiendo la posibilidad de existencia de informes de parte; lo ideal es la realización de valoración de toda prueba en su conjunto por parte del juez y lo cierto es que en la práctica se ha tendido a otorgar al informe del equipo psicosocial un valor excesivo generando dudas sobre qué se debe hacer por ejemplo cuando nos encontramos ante un informe contradictorio.

- El último criterio legal previsto en el Código Civil es el principio de unidad familiar recogido en el apartado 5 del artículo 92 que dispone: “(...) 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.”; por lo tanto, el fundamento de este criterio o principio es que los hermanos en ningún caso estén separados, su objetivo consiste en evitar la separación de los hermanos.

En cuanto a la legislación autonómica, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, comúnmente conocida como “Ley de Custodia Compartida” puesto que contempla en su artículo 5.3 los requisitos que deben ser valorados para el establecimiento de la custodia compartida. *“Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores:*

a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.

b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.

c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.

d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.

f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.

g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.

h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.”.

Sin embargo, la gran cantidad de peculiaridades de cada caso concreto ha hecho que esta regulación legal de criterios sea insuficiente y ante la imposibilidad de seguir unas pautas uniformes que actúen como regla general, los tribunales han elaborado unos criterios judiciales que podemos extraer, entre otras, de la STS 623/2009, de 8 de octubre, la STS 16359/2010, de 10 de marzo y, la STS 78873/2010, de 11 de mayo y entre los que encontramos:

- En primer lugar, se considera como un requisito prácticamente determinante, excepto si existen otras circunstancias que recomienden lo opuesto, la práctica habitual de quien hubiera venido dedicando mayor tiempo al cuidado de los menores durante la convivencia conyugal. Un ejemplo en el que lo encontramos es en la SAP de Badajoz 71587/2006, de 15 de mayo que atribuye la custodia de los hijos a la madre *“por ser la que ha venido atendéndolos durante el matrimonio”*. ¿Y qué ocurre si los dos participaban de

igual forma en los deberes familiares? En este caso, la jurisprudencia atribuye la custodia compartida basándose en el mantenimiento del statu quo anterior a la crisis matrimonial³⁵.

- También, se atiende al conjunto de circunstancias laborales de los progenitores, la disponibilidad horaria, la frecuencia con la que el progenitor tiene que viajar por motivos laborales, etc. En este sentido, conviene mencionar la SAP de Granada 74663/2007, de 23 de marzo que entiende que se produce una injusticia judicial si no se concede la custodia compartida porque el progenitor dedica más horas al trabajo debido a que la situación económica lo requiere.³⁶

- Otro criterio es el derecho que tiene el menor a ser oído regulado de forma precisa en el artículo 9 de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor³⁷. Su manifestación es muy importante siempre que no esté

³⁵ SAP de Barcelona 42216/1999, de 30 de septiembre dispone que: *“siempre que sea posible deberá mantenerse al menor en su entorno actual”*.

³⁶ SAP de Granada 74663/2007, de 23 de marzo: *“No puede aceptarse el planteamiento simplista que pretende hacer recaer en el horario laboral de los progenitores, la única referencia para decidir sobre la conveniencia del otorgamiento de la guarda y custodia compartida. (...) la referencia al horario de trabajo no puede valorarse en ningún caso como elemento inhabilitante para la atribución de la guarda y custodia, sobre todo si se le considera como medio adicional para la obtención de recursos, que necesariamente han de revertir en un incremento de los medios económicos con lo que contribuir a los alimentos del menor”*.

³⁷ Artículo 9 de la LEY 1 /1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: *1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

En los procedimientos judiciales o administrativos, las compareencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

influenciado ni manipulado por un cónyuge contra el otro, no se puede tener en cuenta cuando es evidente que existe lo que se viene llamando una alineación parental. En este sentido, Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga no duda en decir que “una de las mayores conquistas de la Ley de Protección Jurídica del Menor fue el reconocimiento del derecho del menor a ser oído en todos los temas que le afectan, suprimiendo en la reforma de 2005, el incondicional oír y siempre a los mayores de doce años, por “cuando se estime necesario” (art. 92.2 CC)”³⁸. También, la STS de 9 de octubre de 2015 manifiesta la relevancia de la opinión de los menores en la guarda y custodia compartida: *“Es cierto que la opinión de los niños debe ser tomada en cuenta, y que el artículo 92 del Código Civil, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores. Esta Sala ha utilizado algunos criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010 ; 7 de julio 2011)”. Pues bien, la sentencia ha tenido en cuenta la exploración de los menores y lo ha valorado de forma correcta por lo que su criterio debe mantenerse pues lo cierto es que no tiene sentido que, sin cambio alguno en la relación de la madre custodia con los dos hijos, se instaure una nueva relación con un régimen de visitas tan amplio en favor de la madre (“libre, amplio y flexible”), que permitiría a los hijos seguir como estaban sin impedimento alguno, lo que no tiene sentido. Nada hay, por tanto, de arbitrario ni ilógico en la decisión de la Audiencia Provincial, ni en la apreciación de los hechos ni en su valoración,*

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

³⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, I Jornadas de Derecho de Familia Salamanca. Edic. Libertas.2016. p. 46.

susceptible de alterarla en la forma interesada en el recurso.”. Así como la STS de 10 de julio de 2015 que dispone: “La sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: “La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”.

- El hecho de que el progenitor esté afectado por una enfermedad psíquica o física es un criterio a tener en cuenta para determinar la atribución o no de la guarda y custodia compartida pues si nos encontramos ante un problema de alcoholismo o drogodependencia, existe un riesgo para el menor y en ningún caso se podrá otorgar la custodia compartida.

- El grado de colaboración y cooperación de los progenitores entre sí también se debe tener en cuenta pues un buen grado de colaboración y cooperación genera una situación muy buena para el desarrollo del reparto del cuidado personal del menor; no obstante, en ningún caso puede considerarse como impeditivo o insalvable la mala relación entre los padres como así establece la STJ de Cataluña 111083/2010, de 3 de marzo manifestando que: “Es necesario, en consecuencia un cierto grado de entendimiento y consenso por esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida”.

- Es importante también, valorar la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores que deben tener su residencia cerca el uno del otro o, como mínimo, en la misma población, pues sobre todo cuando los hijos son muy pequeños los desplazamientos continuos además de suponer una pérdida de tiempo y generar molestias, perjudican claramente el interés del menor y en estos casos el TS en su STS 115/2016, de 1 de marzo, anteriormente citada, sostiene que no se atribuirá la guarda y custodia compartida.

- Por último, dentro de los criterios que el TS ha extraído del derecho comparado, debemos destacar los que aparecen recogidos en la STS 257/2013, Sala 1ª, de lo Civil, de 29 de abril, que dispone que la guarda y custodia compartida se acordará cuando concurren criterios tales como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación

con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente y cualquier otro criterio que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que será forzosamente más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Cabe añadir que las Audiencias Provinciales también han formado parte de la labor de concreción y especificación de los criterios que se deben tener en cuenta para conceder o no la custodia compartida. Así pues, la AP de Barcelona, Sección 12ª, señala en su Sentencia de 27 de febrero de 2013 que las circunstancias de carácter objetivo que deben ser ponderadas para otorgar la guarda y custodia compartida son, entre otras:

- La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicárselo a los hijos.
- El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio.
- La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad.
- El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación.
- La garantía del equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves de alguno de los progenitores.
- Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones.

La AP de Murcia, Cartagena, Sección 5ª, de 26 de junio de 2012, establece la custodia compartida basándose en los siguientes motivos y circunstancias:

- Concurren todos los criterios de valoración del TS.
- Tiene mayor incidencia en una sólida y adecuada relación con sus progenitores.
- Implicación de ambos en el cuidado y atención de los menores, antes de la ruptura.
- Anteposición de los intereses de los menores a los propios, pese a sus problemas de comunicación.
- Inexistencia de rechazo de los menores hacia figuras paterna y materna.

- La edad de los menores facilita su colaboración en el buen funcionamiento de este régimen de custodia, pues tienen cierta autonomía en sus actividades básicas, lo que les permite la asunción de roles en descargo de sus padres.
- Implicación de ambos de manera adecuada y acertada en el cumplimiento de los deberes con sus hijos.
- Los domicilios de ambos disponen de las condiciones necesarias para facilitar la pernocta, el estudio, así como el desarrollo de actividades en común entre ellos y con sus progenitores.
- Posibilidad de una rápida reacción ante cualquier incidencia, al trabajar ambos en la misma localidad.
- Existencia de una estructura de apoyo implicada y estable en cada una de sus respectivas familias.
- Horarios laborales que les permiten atender a los hijos fácilmente, cumplir con sus actividades extraescolares y también durante los tiempos del fin de semana.
- Ambos progenitores reúnen las características necesarias para desarrollar este régimen de custodia compartida.

Sin embargo, a pesar de todos estos criterios, el fundamento principal en el que se debe basar la adopción o no de la guarda y custodia compartida es el principio del interés del menor del que hablaremos más detenidamente en el siguiente epígrafe.

Finalmente, cabe aclarar que respecto a esta enumeración de criterios la STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2011 advierte que el Tribunal simplemente tiene que atender a uno o varios de estos criterios para de forma casuística examinar si es conveniente o no la atribución de la guarda y custodia compartida en función de las circunstancias que concurren; es decir, no tiene la necesidad de examinar todos y cada uno de los criterios como si fuera un listado de supuestos tasados legalmente y de fuerza y legal observancia.

Observamos, por lo tanto, que hay numerosos criterios a los que S.S^a puede atender para otorgar la guarda y custodia compartida lo que a mi parecer implica que no debe dar tanta importancia incluso hasta llegar a ser determinantes a algunos de ellos como al del informe del equipo psicosocial pues tiene muchos más en los que apoyarse para tomar una decisión. Además, considero que si hay un criterio que debe gozar de especial valor, ese es el derecho del menor a ser oído, es decir, la audiencia del menor pues es la parte más débil y perjudicada y como tal merece especial protección.

VI. SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El artículo 92 del CC en sus apartados 5,6,7 y 8 recoge dos posibilidades que generan los supuestos en los cuales será procedente acordar la guarda y custodia compartida. Las dos posibilidades son: cuando hay acuerdo de ambos progenitores o cuando no lo hay.

En primer lugar, si hay acuerdo de los progenitores, el artículo 92.5 CC dispone que *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.”* No obstante, si tenemos en cuenta el siguiente apartado del artículo 92 observamos que el hecho de que ambos progenitores acuerden el ejercicio conjunto de la guarda y custodia compartida no implica que esta figura jurídica se conceda de forma automática puesto que ateniendo al apartado 6 el Juez, en todo caso, antes de acordarlo, *“deberá 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.”*

En segundo lugar, el apartado 8 del artículo 92 CC reza que: *“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.”* Respecto a este punto, la STS de 25 de abril de 2014 se pronuncia sobre la excepcionalidad, entendiendo que es una situación excepcional porque no existe acuerdo entre ambos cónyuges y no porque existan circunstancias específicas para que se pueda adoptar. Además, la STS de 29 de abril de 2013 pone de manifiesto lo que establece la ya mencionada anteriormente STS 185/2012 que declara la inconstitucional y nulidad del inciso de informe “favorable” del apartado 8 y pone de manifiesto que es el Juez el que tiene la función de valorar si es conveniente adoptar o no la medida atendiendo a la situación que sea más beneficiosa para el menor. Desde el punto de vista subjetivo, no me parece acertado conceder la atribución de guarda y custodia compartida de forma automática simplemente porque los padres estén de acuerdo pues considero que lo correcto y acertado es que se deje a criterio

judicial que es el que debe valorar las circunstancias concurrentes y que en todo caso requiera intervención del Ministerio Fiscal e incluso del informe del equipo técnico que lo valore ya que se debe tener en cuenta que los progenitores están viviendo una situación de crisis y conflicto que puede afectar a su decisión en relación con los hijos menores que son los que hay que proteger y salvaguardar siempre.

Merece especial mención a la situación habita, y no regulada en el Código Civil, que se adopte el régimen de guarda y custodia compartida sin solicitud previa de ninguno de los progenitores porque el Juzgado se lo imponga. Esta situación se dio en la SAP de Madrid, Sección 22, de 15 de febrero de 2005, que puso de manifiesto que el Poder Judicial puede efectuar la imposición de un régimen relacional paternofilial que no corresponde con el que ha sido solicitado por los progenitores. Los criterios orientadores que fueron valorados por el Juzgador de Primera Instancia para fijar el sistema de guarda y custodia compartida fueron: los presupuestos normativos y los elementos personales, familiares, materiales sociales y culturales que concurren en una familia determinada y que hacen que sea lo mejor para el desarrollo integral, de personalidad, formación física y psíquica de los hijos atendiendo a las necesidades que puedan tener tanto de cariño como de alimentación, educación y ayuda escolar, equilibrio para su desarrollo, pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, bien ambiente social y familiar, ayuda laboral, ayuda o si existe un rechazo, su capacidad de autoabastecerse, etc. En este caso, los dictámenes de los peritos en la Vista Oral sostenían que la guarda y custodia compartida era una medida adecuada a las circunstancias del caso; además, la hija menor manifestó su gran afecto por los dos progenitores luego la Sala tras realizar la petición de un nuevo Informe psicológico, entendió que para el equilibrio psicoafectivo de la menor la medida más conveniente para el mayor beneficio e interés de la menor era la adopción de la guarda y custodia compartida. Finalmente, una vez analizados todo lo anterior, la AP de Madrid afirmó en sentencia que “ *el examen de lo actuado revela el desarrollo de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas, debiendo tener presente, fundamentalmente, que la guarda y custodia compartida requiere, para su establecimiento, unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, e orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad*” y continúa diciendo: “ *cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que, proyectando, de acuerdo y conjuntamente, el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad para el hijo*”. Esta posibilidad es muy arriesgada y peligrosa desde mi

punto de vista porque si ninguno de los dos progenitores ha interesado la guarda y custodia compartida no será procedente atribuirle pues aunque bien es cierto que lo que debe primar es el interés del menor, un progenitor que no la ha interesado y de repente se ve con una atribución de guarda y custodia compartida no creo que su implicación sea la ideal que se exige para esta medida de crisis familiar.

Por último, no nos podemos olvidar del apartado 7 del artículo 92 que regula dos excepciones en las que independientemente de que exista o no acuerdo entre ambos padres, no se podrá conceder de ningún modo la guarda y custodia compartida. Estas excepciones son por un lado, *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”*; y por otro, *“Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”* En este sentido, la existencia de indicios fundados en violencia doméstica ya fue señalada como impedimento legal para la concesión de la guarda y custodia compartida por el Alto Tribunal en la STS de 7 de abril de 2011 entendiéndose además que se incluyen los supuestos de condenas de otro tipo de delitos pues pueden constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges. Considero que estamos ante una regulación garantista pero que en ocasiones puede resultar injusta por ejemplo si la sentencia del procedimiento es absolutoria ¿ello debería provocar la iniciación de otro procedimiento de modificación de medidas?. La casuística exigirá especial atención a las circunstancias del procedimiento penal y se valorarán en el civil, pero a mi criterio no se debe basar la decisión en la mera existencia de una denuncia penal.

VII. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Partiendo de la bondad de la guarda y custodia compartida y del hecho de que debe ser normal y no excepcional, se ha de estar al interés del menor. Los poderes públicos competentes en materia de Derecho de Familia deben proteger el bien o interés superior del menor pues éste es el criterio que debe regir las resoluciones judiciales en materia de custodia compartida y así lo harán siempre que adopten resoluciones judiciales que sean más favorables para los menores cuando sus intereses están inmersos en decisiones de sus padres.

Es importante concretar y definir de una forma minuciosa el contenido de lo que constituye el interés superior del menor ya que, por un lado, nos ayuda a saber realmente si la custodia compartida es la mejor opción por la que se debe optar en la resolución del caso; y por otro, si una cosa hay clara es que de todas las personas que intervienen en los procesos de separación o divorcio, el menor es la persona más débil y vulnerable debido a los efectos emocionales negativos que la situación genera en éste pues normalmente suelen rechazar la decisión de sus padres o incluso sentirse culpables (“*es posible que yo fuera la causa del problema*”, “*quizá fuera yo quien no se portaba bien...*”)³⁹.

A día de hoy, no contamos con un concepto jurídico de bien superior del menor, es decir, estamos ante un “concepto jurídico indeterminado”, es “algo vago, difícil de definir y voluble en función de la evolución de la sociedad”⁴⁰ que implica que la base de las resoluciones judiciales sea la discrecionalidad del juzgador pudiendo basarse en opiniones subjetivas y suponiendo una arbitrariedad que no puede ser consentida en un Estado de Derecho.

Dicho esto, debemos encontrar una acepción del interés superior del menor que cumpla la exigencia del principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la CE y en este sentido, conviene hacer mención a la Observación General 14 (aprobada el 29 de mayo de 2013) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 que aunque no aporta un concepto de bien o interés superior del menor, sí establece en su número 32 el deber general de concretar el derecho del niño según las circunstancias del caso concreto y exige que el contenido de esa concreción y las medidas que le acompañar deben siempre respetar los derechos de la Convención y sus protocolos facultativos por lo que en ningún caso este concepto puede ser concretado por la discrecionalidad del poder público.

³⁹ CASTELS, P., *Crecer con padres separados*. Cit., Pág.64.

⁴⁰ CLEMENTE, M., *Aspectos*, cit., Pág.45.

Por lo tanto, podemos afirmar que bien o interés superior de menor equivale al deber de los ciudadanos y poderes públicos de proteger y respetar los derechos del menor como tal menor luego los poderes públicos, sobre todo los que tienen competencia en materia de menores, deberán garantizar que el menor viva disfrutando de sus derechos como tal.

Los derechos del menor se hallan plasmados en la CDN de 20 de noviembre de 1989 cuyo Preámbulo que reza: *“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*. Alguno de estos derechos, están reconocidos en los artículos 7, 9 que establecen respectivamente, *“ el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*, *“el derecho de los niños a que no sean separados de sus padres”*, y también la CDN en su artículo 18.2 establece como deber de los poderes públicos, el deber de *“respetar los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de sus derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”*.

A nivel nacional, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor no recoge el contenido de lo que se debe entender como “ protección jurídica del menor”, y ante esta ausencia, el Proyecto de LO de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia publicado el 27 de febrero de 2015 pone de manifiesto en su exposición de motivos la necesidad de *“ dotar de contenido al concepto mencionado”* y prevé la modificación del artículo 2 LOPJM para de esta forma integrar de contenidos concretos el concepto legal de interés del menor.

Tras la separación de los padres, el nuevo estatus del menor suele ser irregular pues se crea un escenario inapropiado para la vida de éste y un consecuente conflicto de derechos ya que si se respetan los derechos de los padres, se vulneran los de los hijos, siendo éstos últimos los que terminan sacrificándose pues es la parte más débil e indefensa a la que se le priva del derecho fundamental de *“formar parte de una familia con un padre y una madre en situación de convivencia ordinaria en el seno de un mismo hogar”* regulado en el artículo 10.1 CE. En este sentido, el TS como ya hemos dicho antes está creando una doctrina a favor de la concesión de la custodia compartida aun cuando no exista acuerdo entre los progenitores y aun cuando existan relaciones de conflicto entre ellos creando dudas sobre si realmente así se protege y defiende el interés superior del menor pues actualmente hay numerosos casos de la denominada “custodia compartida-chantaje” que pone de manifiesto que la situación de conflicto entre los padres es lesiva para los menores ya que sus

efectos suelen recaer sobre éstos, por tanto, su protección será mayor cuanto mejor sea la relación de comunicación entre los padres tras la separación. Sin embargo, desde otro punto de vista, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos defiende la custodia compartida como un derecho de los padres que no puede tener límites; así, en su STEDH, Sección 5ª, caso Zaunegger vs. Alemania, de 3 de diciembre de 2009, dispone que “ *al Tribunal no le convence el argumento aducido por el Gobierno en el sentido de que , en las circunstancias del presente asunto, no podría descartarse que una orden de custodia compartida emitida por un tribunal hubiera provocado conflicto entre los padres y por tanto hubiera sido contrario al mejor interés de la menor*”; es decir, el TEDH considera que una decisión de custodia compartida no puede crear conflicto entre los padres ya que presume que la custodia compartida es un bien en sí misma y por consiguiente, de un bien en ningún caso puede derivarse un mal.

También, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General número 14 sobre el derecho del niño a la consideración primordial de su interés superior hace hincapié en que: “60. *Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige "que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho "a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" (art. 9, párr. 3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.*” En este sentido, Mark Beyebach afirma que “*el régimen de custodia compartida amortigua estos sentimientos de pérdida y equilibra las relaciones con ambos progenitores, pero aun así es obvio que el menor pierde el contacto anterior que tenía con ambos padres*⁴¹”.

Es oportuno considerar por otro lado, que hay que atender como criterio rector para delimitar el contenido esencial del bien superior del menor “*las circunstancias que les rodean, les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano*”⁴². Aquí, debemos tener en cuenta lo que la Psicología ha denominado el *apego* definiéndose éste como la necesidad vital más básica del menor pues es fundamental para su normal y equilibrado desarrollo. El *apego* es también una de las bases esenciales que legitiman la custodia compartida pues se necesita la implicación efectiva de ambos padres en la proporción de apego al menor como así recoge el Proyecto de LO de Protección de la infancia y adolescencia, de 27 de febrero de 2015, en su artículo

⁴¹ BEYEBACH. M., La repercusión, cit., pág.4.

⁴² REVETLLAT BALLESTÉ, I., “ El interés superior del niño”, cit.,pág.90.

2.c “la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado” y en su artículo 3.b: “su especial vulnerabilidad provocada por la carencia de entorno familiar”; y es tan importante como base de la concesión de la custodia compartida hasta el punto de permitir al progenitor que no ha dedicado la atención correspondiente al menor antes de la separación la oportunidad de hacerlo tras ella durante el período que le corresponda como custodio del hijo.⁴³

Respecto a la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional al tratar la inconstitucionalidad del artículo 92.8 CC en su STC 185/2012 de terminó la preeminencia del interés superior: “Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.”

Debemos añadir que la jurisprudencia no es coherente en lo que respecta a la atribución de la guarda y custodia compartida en relación con el interés superior de menor así el TS reclama la necesidad de que las resoluciones judiciales sean coherentes con el interés superior del menor y como ejemplo la STS de 25 de noviembre de 2013 dispone que: “la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado

⁴³ En este sentido, la STS de 25 de abril de 2014 sostiene que la custodia compartida “exige (...) un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos”.

*incorrectamente el principio de protección del interés del menor*⁴⁴; es decir, si el recurrente acude a casación porque se le ha denegado la custodia compartida en instancias anteriores y no alega vulneración del principio del interés del menor ni justifica en el recurso que la sentencia recurrida no se ha dictado atendiendo al interés del menor, el motivo se desestima.

Además, el Alto Tribunal ha afirmado que el criterio del interés superior del menor es el que tiene que tomarse en consideración para que se otorgue un régimen de guarda y custodia, tanto si es individual como compartida y como ejemplo de ello en su STS de 10 de enero de 2012 dispone en su Fundamento de Derecho cuarto que *“(...) hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”* o en su STS de 27 de abril de 2012 en la que afirma que *“(...) el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este”*. En este sentido, la STS de 8 de octubre del 2008 señala que el CC contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar la custodia compartida siempre en interés del menor⁴⁵ y que es muy difícil concretar cuál es dicho interés pues no existe una lista de criterios a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos. También, en la STS de 22 de julio de 2011 manifiesta que el interés del menor debe prevalecer sobre los intereses de sus progenitores: *“ En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento 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. Solo se convierten en relevantes, cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”* e incluso sobre el principio de igualdad entre ambos, así en la STS de 27 de septiembre de 2011 se

⁴⁴ En la misma línea, encontramos, entre otras, las SSTS de 9 de marzo de 2012, 27 de abril de 2012 y 22 de julio de 2011.

⁴⁵ STS de 8 de octubre de 2008: *“ el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja”*.

establece que: *“La guarda compartida está establecida en interés del menor, no se los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art.39.2 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección de hijo, según las circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011, 578/2011 y 469/2011, entre las más recientes.”* Otro ejemplo lo encontramos en la STS 495/2013, de 19 de julio, en la que el Tribunal manifiesta que: *“Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.”* Finalmente, uno de los ejemplos más actuales en los que la Sala hace referencia al interés del menor es la STS de 27 de junio de 2016 en la que se expone: *“En el desarrollo argumental del motivo alega el recurrente que la sentencia recurrida aplica de manera incorrecta el principio de protección del interés del menor con vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al menor, produciéndose interés casacional por cuanto la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que debe declararse infringida. En esencia en esta se consagra como régimen normal incluso deseable, siempre que ello sea posible, y en tanto en cuanto lo sea. (...)Partiendo de ello (STS de 9 de marzo de 2016) la cuestión a dilucidar en cada caso concreto será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia. Este interés, que ni el artículo 92 CC ni el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por*

desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquel (SSTS de 19 de julio de 2013 ; 2 de julio de 2014 ; 9 de septiembre de 2015).”.

Por último, cabe hacer mención a los criterios aplicables para ponderar el interés del menor. Así, la doctrina dispone que la garantía de estabilidad emocional y afectiva del menor debe ser el criterio rector para autorizar la guarda y custodia compartida⁴⁶. Cristina Guilarte afirma que deben concurrir unas aptitudes idóneas en los padres para determinar si se debe o no otorgar la custodia compartida, éstas aptitudes son las siguientes: a) capacidad de ambos padres para mantener una cooperación activa y corresponsable; b) capacidad de ambos padres para mantener un modelo educativo común; c) baja conflictividad entre los padres; d) buena relación entre padres e hijos⁴⁷.

En esta línea, se ha consolidado jurisprudencia que determina los criterios que deben seguirse para apreciar el interés del menor y adoptar de esta forma el régimen de guarda y custodia compartida, concretamente la Sala 1ª del TS en su sentencia clave en este aspecto, la STS de 8 de octubre de 2009 considera que: “ *Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor , después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.*

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Códici de Familia de Catalunya.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa , el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al

⁴⁶ CLEMENTE,M., Aspectos, cit.,pág.92.

⁴⁷ GUILARTE MARTÓN-CALERO, C. “Criterios de atribución de la custodia compartida”, págs. 13 ss.

Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.”

Por el contrario, también el TS ha dejado claro lo que no puede ser considerado como criterios para determinar el principio de interés superior del menor. Y en este sentido, la “deslocalización de los menores” es rechazada como criterio en la STS de 7 de julio de 2011: “criterio de la “deslocalización” de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio consecuencia inherente de este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos”; así como el criterio de la “eventual conflictividad” entre los cónyuges, afirmando en la STS 9 de marzo de 2012 que: “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes no irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

VIII. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida es una medida de crisis familiar que aporta ventajas para la estabilidad del menor. Este sistema presenta grandes ventajas que nivelan la balanza a favor de la admisión de esta figura jurídica⁴⁸. Doctrinalmente, se han enumerado algunas de estas ventajas⁴⁹:

-Cultiva el principio de igualdad entre los progenitores que pueden participar igualitariamente y sin discriminación en el desarrollo de sus hijos.

-Los hijos podrán disfrutar de la compañía habitual de sus dos padres y mantener una relación fluida y constante con cada uno de ellos y de cada uno de ellos obtener un amor, una formación y la impronta de una ética.

-Es el sistema que menos distorsiona la situación normal de coejercicio de la patria potestad y guarda del artículo 154 del Código civil.

-Se evita que el hijo se aleje del padre no custodio.

-Enriquece el mundo social, afectivo y familiar del menor que tendrá oportunidad de adaptarse a dos formas de ver la vida adquiriendo una visión más amplia y constructiva de su propia personalidad.

-Permite a los progenitores la mutua comprensión del que respectivamente está en la posición contraria: custodia y régimen de comunicación y estancia puesto que al invertirse periódicamente las posiciones entre los cónyuges, las posibilidades de compenetración ante problemas comunes son mayores porque ambos conocen los problemas cotidianos del menor.

-Se comparten las cargas entre los progenitores y se obliga a los mismos a adoptar una visión de conjunto respecto de la educación y desarrollo del menor.

-Se pone fin a los pleitos y luchas por la custodia de los hijos.

-Ambos progenitores comparten lo bueno y lo no tan bueno de la vivencia de los hijos cuando existe la ruptura familiar.

-Si los dos cónyuges trabajan ambos pueden asumir los gastos de manutención en cada periodo de convivencia y colaborar, cada uno en proporción a sus posibilidades, con los gastos ordinarios y extraordinarios, evitando las disputas,

⁴⁸ GUILARTE, 2005, p. 156-157.

⁴⁹ GODOY MORENO, p. 337-338, TAMBORERO DEL RÍO, p. 518, ZARRALUQUI, p. 66-67.

los resentimientos y la conflictividad motivados por el pago o el impago de pensiones.

Por último, no debemos olvidar la SAP de Barcelona, Secc. 18ª, de 20 de febrero de 2007, según la cual: *"será de sentar y expresar cuáles son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida. Así, empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida:*

a) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.

b) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.

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

d) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

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

f) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.

g) Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor”.

También, la STSJ Aragón de 15 diciembre de 2011 se pronuncia sobre las ventajas que presenta la custodia compartida al afirmar que: *“La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos principios básicos: por un parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos”.*

A pesar de las ventajas señaladas, cabe decir que, estamos ante un tema que necesita ser tratado caso por caso puesto que en determinadas circunstancias o situaciones su concesión genera más problemas que beneficios para el menor y por ello es necesario analizar cuándo no es viable la concesión de la custodia compartida. En este sentido, se puede hacer referencia a cinco situaciones en las que no es conveniente esta medida familiar:

En primer lugar, cuando los progenitores tienen sus residencias habituales a gran distancia una de la otra, en pueblos o ciudades lejanas entre sí, e incluso países, se crea una situación de peregrinaje que puede afectar al desarrollo psicoemocional de los hijos, sobre todo, cuando tienen una corta edad. Por lo tanto, el hecho de otorgar la custodia compartida no beneficia a los menores, sino que los perjudica desde el punto de vista psicológico pues necesitan un domicilio estable y no estar itinerantes, viajando continuamente, pues eso supone una pérdida de tiempo para sus tareas escolares, así como un desfase horario que altera sus pautas generales de sueño y ocio que causan la inestabilidad del menor y en ocasiones incluso supondría tener que adaptarse a idiomas o modelos educativos distintos. La jurisprudencia se ha manifestado sobre el tema, así por ejemplo la SAP de Barcelona, de 25 de octubre de 2006 hizo hincapié en que la privación de una referencia estable y continuada podría repercutir incluso en el rendimiento escolar del menor.

La segunda situación que puede darse es el caso en el que existe una mala relación entre los progenitores. Los continuos enfrentamientos y discusiones dan lugar a un marco inadecuado para que el menor pueda desarrollar su personalidad de una forma estable y armónica. La Jurisprudencia menor ha

tratado este tema; cabe mencionar por su trascendencia la SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2006, en la que no se concede la custodia compartida pues entendía que el hecho de que los hijos presenciaran en numerosas ocasiones los continuos enfrentamientos entre los padres no contribuía al mejor desenvolvimiento de su personalidad psicoafectiva. También, la SAP de Barcelona, de 12 de enero de 2006, evidenció que la conflictividad que existía entre los progenitores traspasaba el límite razonable de la conflictividad que puede derivarse tras una ruptura o crisis matrimonial; en este punto conviene advertir que es normal que exista una conflictividad entre los padres, las relaciones entre progenitores separados no suele ser óptima pero eso simplemente no justifica que no sea conveniente conceder la guarda y custodia compartida, sino que no será adecuada esta medida cuando se sobrepase un límite, es decir, cuando la relación entre ambos sea tan sumamente tensa y conflictiva que impida tomar decisiones y acuerdos porque no existe una voluntad para ello en lo que respecta a sus hijos comunes, a su educación, formación, nivel social y de ocio, etc.

La tercera situación la encontramos en la diferencia de modelos educativos que pueden tener los padres. Si la relación o comunicación entre los padres es escasa o nula, es muy difícil como hemos dicho antes llegar a acuerdos sobre los hijos. Si ambos están en desacuerdo sobre la educación de sus hijos y no son capaces de acercar posturas ni llegar a un consenso, lo más conveniente es que no se adopte la guarda y custodia compartida porque su otorgamiento implicaría enfrentamientos y discusiones continuas que repercutirían de forma negativa en el desarrollo del menor, vulnerándose así el principio superior del interés de éste.

En cuarto lugar, tampoco es aconsejable adoptar la medida de guarda y custodia compartida cuando los horarios laborales o profesionales de los progenitores son desajustados. Así, la SAP de Barcelona, de 23 de octubre de 2007 estima que es óptimo otorgar la custodia compartida pues el progenitor no tenía una disponibilidad de tiempo suficiente debido a amplia jornada laboral para atender a las funciones que requiere la custodia compartida. Por otro lado, sentencia de 18 de julio de 2007 de esta misma AP afirmaba que: *“Cuando uno de los progenitores carece, efectivamente, de flexibilidad horaria en su trabajo o profesión, de forma que le es imposible la asunción de las responsabilidades diarias que conlleva la prole, así como la especial atención a la toma de decisiones que afecten a los hijos, tanto a niveles educativos, como formativos, sociales y sanitarios, no es conveniente el otorgamiento de la custodia compartida”*.

Finalmente, en quinto lugar, se debe evitar la adopción de la guarda y custodia compartida cuando genere en el menor un perjuicio concretado en su inestabilidad emocional y psicoafectiva que supondría un bajo o menor rendimiento escolar; por lo tanto, como así ha sostenido la AP de Barcelona en Sentencia de 28 de septiembre de 2006,

IX. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado sobre la guarda y custodia compartida podemos extraer una serie de conclusiones y percepciones sobre dicha figura jurídica. En este sentido, considero que el principal problema con el que nos encontramos a la hora de atribuir la guarda y custodia del menor es que tras la ruptura y el cese de la convivencia de los progenitores, se derivan una serie de efectos y consecuencias. Según Clemente Díaz, “la ruptura genera dolor en todos los miembros de la familia y afecta especialmente a los hijos cuando los hay”⁵⁰, es decir, la ruptura implica daños emocionales y afectivos y como considera Castels, P. “desde el punto de vista antropológico, el divorcio y la muerte de un ser querido son sucesos muy similares en cuanto a los efectos traumáticos sobre los seres humanos⁵¹”.

Por lo tanto, el conflicto entre los progenitores sigue latente después de la ruptura en la mayoría de los casos y la custodia compartida no impide ni resarce esos daños derivados quedando “rencillas” que hacen difícil su adopción pues ésta se hará sobre unas bases que puede ser cambiantes y con cimientos débiles; y es aquí donde adquiere importancia la labor del abogado pues como así afirmó la Letrada Marta Bolívar Laguna en la apertura de las I Jornadas de Derecho de Familia de Salamanca: “*un abogado de Derecho de Familia debe ser paciente, no debe prejuzgar, y debe intentar reconducir al cliente para evitar así pleitos innecesarios, además de dotarlo de sentido común para que prevalezca siempre el interés del menor; esto es lo que hará a un abogado gran profesional del Derecho de Familia*”.

El menor tiene el derecho superior de nacer y crecer armónicamente con un padre y una madre en un mismo hogar por lo que tras la separación, la custodia compartida debe parecerse a esto, debe ser una prolongación de convivencia real y efectiva para lo cual los dos progenitores tienen que cooperar y colaborar dejando de lado sus diferencias y centrándose en el interés del menor. El inconveniente lo encontramos cuando la colaboración o cooperación es imposible y los progenitores someten al menor a dos modelos alternos de vida y de educación o incluso, lo instrumentalizan para hacer daño al otro progenitor; en estos casos no se aconseja la adopción de la custodia compartida pues

⁵⁰ CLEMENTE DÍAZ, M., Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos, Madrid (Síntesis), 2014, pág.38.

⁵¹ CASTELS,P., Crecer con padres separados, cit., pág. 59.

adoptarla supondría vulnerar el interés superior del menor. Por ello, es de suma importancia matizar que aunque considere que la custodia compartida es la solución más propicia en los casos de separación o divorcio, siempre se debe atender al caso concreto y analizarlo minuciosamente pues el Derecho de Familia así lo requiere debido a que es una materia muy sensible y no todos los casos son iguales.

Otro aspecto a tener en cuenta es que ya no existe una distribución de papeles de deberes y obligaciones entre los progenitores que consistían en la adopción por parte del padre de las potestades patrimoniales para asegurar la estabilidad económica y protección de su familia, y por parte de la madre de las potestades domésticas, es decir, de las labores relacionadas con el domicilio conyugal y el cuidado y educación de los hijos. Se ha producido una transformación de la realidad social, un cambio de modelo de la familia tradicional y del contexto familiar pues nos encontramos con situaciones en las que los dos padres trabajan o el padre es el que se dedica al cuidado de los menores y la madre tiene la potestad patrimonial⁵². Ante esta nueva situación, debe existir una conciliación familiar y laboral, y lamentablemente, en la actualidad no contamos con una legislación ni con unas instituciones acordes a esta nueva realidad, las normas deben adaptarse a la realidad social, a las nuevas necesidades y a las nuevas relaciones entre las familias y no estar desfasadas ni ser arcaicas, tienen que evolucionar pues lo que provocan es que se cree una necesidad de avanzar debido a la lentitud legislativa que se está supliendo vía jurisprudencial mediante la labor interpretativa de los Tribunales y muy especialmente, del Tribunal Supremo, vía doctrinal y vía autonómica, algunas Comunidades Autónomas ya han legislado sobre la custodia compartida y si se ha hecho a nivel autonómico, ¿por qué a nivel estatal no? ¿por qué se deja esta carga que debería ser labor del legislador al poder judicial? En consecuencia entiendo que es de suma importancia la creación de una doctrina que unifique a nivel estatal la legislación sobre guarda y custodia compartida.

En último lugar, considero necesario, como ya han solicitado numerosas asociaciones, entre ellas la AEAFA, la creación de una Jurisdicción de Derecho de Familia con sus respectivos jueces especializados, auxiliares de apoyo, servicios de atención psicológica, etc; no debería configurarse como una especialidad del Derecho Civil pues lo que ello supone es que se le dote de menor presupuesto que a otras ramas como por ejemplo el Derecho Mercantil y al no tener el presupuesto suficiente no se destinan los medios necesarios, las modificaciones se realizan atendiendo a los medios con los que se cuentan luego se hace muy difícil cualquier intento de cambio.

⁵² STS 10042/2013, de 24 de julio: “ (...) es preciso superar la creencia de que solamente la figura materna es indispensable en esta etapa del desarrollo de los niños, sino que ambos padres deben asumir un rol activo de cara a la consolidación de la estabilidad emocional del menor, su saludable desarrollo y su bienestar.”

X. BIBLIOGRAFÍA

Artículos, libros, revistas:

- Agustín Pardillo Hernández. Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente. Diario La Ley, Nº 8104, Sección Dossier, 13 Jun. 2013, Editorial LA LEY.
- Ana María Gómez. La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave. Diario La Ley, Nº 8734, Sección Dossier, 5 de Abril de 2016, Editorial LA LEY.
- Aurelia María, Romero Coloma. Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 873/2013. Editorial Aranzadi, SA.
- Carmen , Pérez Conesa. Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 7/2013. Editorial Aranzadi, SA.
- Carmen, Pérez Conesa. Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC 17 de octubre de 2012). Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 9/2013. Editorial Aranzadi, SA.
- Fabiola Lathrop Gómez. Custodia compartida de los hijos. Editorial: La Ley, Madrid, 2008.
- I Jornadas de Derecho de Familia Salamanca. Edic. Libertas.
- Iván, Sáez López. Custodia compartida: criterios divididos. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 865/2013. Editorial Aranzadi, SA.
- María Ángeles Rodríguez Martín. La guarda y custodia compartida ¿un régimen excepcional? Economist & Jurist.
- Natalia García García. Guarda y custodia compartida ¿Qué criterios y circunstancias se valoran? Opinión: Julio 2013. SP/ DOCT/17662. Editorial SEPIN.

- Pedro Manuel López Romero y Francisco J. Alonso Espinosa. Custodia compartida e interés del menor. Diario La Ley, Nº 8556, Sección Doctrina, 8 de Junio de 2015, Editorial LA LEY.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación, Edic. Experiencia. Barcelona.2005
- Victoria Quintana Martín. La guarda y custodia compartida. Nº 40/ Enero 2016. Doctrina. Editorial Tirant.

Legislación:

- Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.
- Código Civil
- Código Penal.
- Constitución Española.
- Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores.
- Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 30/1981, “Ley del Divorcio”.
- Ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres.
- Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil Catalán relativo a Persona y Familia.
- Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre Custodia de los Hijos en los Casos de Ruptura de la Convivencia de los Padres.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor.
- Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de Hijos e Hijas cuyos Progenitores no conviven.

- Ley Valenciana 12/2008 de protección integral de la infancia y la adolescencia.
- Observación General Número 14 a la Convención General de los Derecho del Niño de las Naciones Unidas.
- Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia del 27 de febrero de 2015.

Jurisprudencia:

- SAP de Badajoz 71587/2006, de 15 de mayo
- SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 27 de febrero de 2013
- SAP de Barcelona, Secc. 18ª, de 20 de febrero de 2007
- SAP de Barcelona, de 25 de octubre de 2006
- SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2006
- SAP de Barcelona, de 12 de enero de 2006
- SAP de Barcelona, de 23 de octubre de 2007
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007
- SAP de Barcelona de 28 de septiembre de 2006
- SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007
- SAP de Granada 74663/2007, de 23 de marzo
- SAP de Madrid, Sección 22, de 15 de febrero de 2005
- SAP de Murcia, Cartagena, Sección 5ª, de 26 de junio de 2012

- STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012

- STS 194/2016, de 29 de marzo
- STS 579/2011, de 22 de julio
- STS 619/2014 de 30 de octubre de 2014
- STS 96/2015, de 16 de febrero
- STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015

- STS 96/2015, de 16 de febrero
- STS 143/2016, de 9 de marzo
- STS 579/2011, de 22 de julio
- STS 594/2014, de 24 de octubre
- STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014
- STS 576/2014 de 22 de octubre
- STS 465/2015, de 9 de septiembre,
- STS 658/2015, de 17 de noviembre
- STS 368/2014, de 2 de julio,
- STS 55/2016, de 11 de febrero
- STS 115/2016, de 1 de marzo
- STS 36/2016, de 4 de febrero
- STS 870/2015, de 19 de enero de 2016
- STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009.
- STS 16359/2010, de 10 de marzo de 2010
- STS 78873/2010, de 11 de mayo de 2010
- STS 115/2016, de 1 de marzo
- STS 257/2013, Sala 1ª, de lo Civil, de 29 de abril
- STS 495/2013, de 19 de julio
- STS de 7 de julio de 2011
- STS de 16 de febrero de 2015
- STS de 29 de abril de 2013
- STS de 3 de mayo de 2016
- STS de 15 de octubre de 2014
- STS de 3 de marzo de 2016
- STS 28 de enero de 2016
- STS 29 de abril de 2013,

- STS 16 de febrero de 2013
- STS de 21 de octubre de 2015
- STS de 7 de abril de 2011
- STS de 19 de abril de 2012
- STS de 5 de octubre
- STS de 9 de octubre de 2015
- STS de 10 de julio de 2015
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2011
- STS de 10 de diciembre de 2012
- STS de 29 de abril de 2013
- STS de 7 de abril de 2011
- STS de 25 de noviembre de 2013
- STS de 10 de enero de 2012
- STS de 27 de abril de 2012
- STS de 8 de octubre del 2008
- STS de 22 de julio de 2011
- STS de 27 de septiembre de 2011
- STS de 27 de junio de 2016
- STS de 8 de octubre de 2009
- STS 9 de marzo de 2012

- STSJ Aragón de 15 diciembre de 2011
- STSJ de Cataluña 111083/2010, de 3 de marzo de 2010
- STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2011

