



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La custodia compartida.

Comparativa de las distintas regulaciones
autonómicas en el Estado español

Autor

Guillermo Fulgueira González

Director

José Antonio Serrano García

Facultad de Derecho

Febrero de 2020

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art	Artículo
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CDFA	Código Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
LORAFNA	Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra
RTC	Recurso Tribunal Constitucional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

INDICE

I. Introducción.....	5
II. Breve referencia al concepto de la custodia compartida y su regulación en España.....	8
III. La custodia compartida en Aragón.....	10
1. La custodia compartida como régimen preferente.....	10
2. Pacto de relaciones familiares.....	12
3. Cambios en el Código Derecho Foral de Aragón	13
IV. La custodia compartida en Cataluña.....	15
1. El divorcio en Cataluña.....	15
2. El Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia.....	16
3. Plan de parentalidad.....	17
V. La custodia compartida en la Comunidad Autónoma de Valencia.....	20
1. Vigencia de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven.....	20
2. Declaración de inconstitucionalidad.....	21
VI. La custodia compartida en Navarra.....	23
1. Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.....	23
2. Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. Modificación con la Ley 21/2019, de 4 de abril.....	23
VII. La custodia compartida en el País Vasco.....	26
1. Breve referencia al contexto en el que aparece la Ley 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.....	26
2. Desarrollo de la guarda y custodia compartida en la Ley 7/2015.....	26
VIII. La custodia compartida según la jurisprudencia del TS.....	29
1. Términos generales.....	29
2. La custodia compartida como preferencia para el Tribunal Supremo.....	29
IX. Conclusión.....	32
Bibliografía.....	34

I. Introducción

El final de una relación es un tema complicado, no solo desde un punto de vista emocional, que también, si no porque cuando hablamos de una relación que ha sido formalizada, ya sea a través del matrimonio o de figuras jurídicas como la pareja de hecho, debemos entender que surgen una serie de conflictos, y todo esto por no hablar de lo que pueden llegar a incrementarse estos en aquellos casos en los que existen hijos en común. Al existir hijos de por medio, entramos en lo que muchas veces se convierte en una pelea por ver con cual de los progenitores convivirán o desde un punto de vista económico, cuáles serán las cargas económicas que deberán aportar en esa nueva situación.

En los años que vivimos, hemos podido observar que el número de divorcios ha aumentado crecientemente, pudiendo ser alguno de los motivos los cambios en las formas de relacionarse socialmente, así como de entender estas relaciones o el propio matrimonio, cuya concepción tradicional ha dejado de ser en muchos casos el guión a seguir. Por ello, estos cambios han propiciado una serie de problemas que necesitaban de una normativa y de cierta seguridad jurídica, lo cual ha llevado al desarrollo de varias posturas doctrinales y jurisprudenciales.

Hasta hace no mucho, cuando se otorgaba la custodia individual de un menor era habitual que esta fuese otorgada a la madre. Sin embargo, el desarrollo de las normativas por parte de los Tribunales españoles en pos de beneficiar y proteger el interés superior del menor llevó a entender en muchos casos la custodia monoparental como una postura perjudicial tanto para el interés y el desarrollo de los niños, como para los progenitores, ya que aquel al que le era otorgada la guarda monoparental veía incrementadas sus obligaciones con respecto a la crianza y educación de su hijo, mientras que el otro podía ver como sus facultades eran excesivamente limitadas.

Respecto a estos problemas con las relaciones parentales podemos intentar concretar cuatro diferentes posturas.

La primera defendería la automaticidad de la custodia compartida para cualquier proceso de ruptura (separación o divorcio). en aquellos casos en los que fuese necesario

determinar un régimen para la custodia del menor. Se entiende la misma como una continuidad del derecho al ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores por lo que no sería necesario ningún tipo de acuerdo. En estos casos no solo consta como un derecho de los progenitores sino del propio menor¹.

En segundo lugar, tenemos la custodia exclusiva materna que parte de la concepción más tradicional en la que es la mujer quien se hace cargo del cuidado y educación de los hijos y se otorgaría en todos aquellos casos en los que no existiese un acuerdo entre los progenitores².

En tercer lugar, tenemos la que podría ser la postura mayoritaria, que es la custodia compartida como el régimen preferente, postura que ha tenido ya un cierto desarrollo y aceptación por parte de las regulaciones autonómicas³.

Por último, podríamos diferenciar la postura referente a la libre determinación judicial, de tal manera que la custodia compartida no tiene un carácter excepcional, pero no es el régimen preferente o se atribuye de forma automática. A pesar de esta libertad, la autoridad judicial deberá motivar su decisión⁴.

Si observamos con atención, en España podemos encontrar importantes diferencias regionales con respecto a la custodia compartida de los hijos menores de edad una vez se ha producido la ruptura del vínculo parental. La perspectiva en la que incidiré a lo largo del texto serán las distintas opciones que existen según el ámbito territorial en nuestro país.

Sabemos que existe una regulación estatal basada en nuestro Código Civil. Sin embargo, la falta de desarrollo de esta normativa producía cierta inseguridad jurídica con lo que eso conlleva y a pesar de la petición de una mejor regulación no ha habido una respuesta concreta por parte del Estado. Es por ello que, haciendo uso de sus competencias, muchas

¹ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles vascas. La custodia compartida>> de *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, COMPOSICIONES RALI S.A., Vitoria-Gasteiz, 2016, p. 547.

² AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 547

³ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 549

⁴ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 550

de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio se han lanzado a desarrollar su propia postura ante la ruptura de las relaciones entre los progenitores y la guarda y custodia de sus hijos.

Posteriormente me centraré en estudiar las distintas normativas autonómicas que son, por orden cronológico de aprobación:

- 1) Aragón: Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Esta fue derogada como tal e incluida en el nuevo texto del Código Foral de Aragón. En marzo de 2019, la custodia compartida dejaría de tener el carácter preferente que le había otorgado el legislador, pero profundizaré en ello más adelante⁵.
- 2) Cataluña: Ley 25/2010, de 29 de junio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. A esta ley debemos incluir sus posteriores modificaciones siendo la más reciente la de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.
- 3) Navarra: Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Ahora esta regulación se encuentra dentro de la Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, cuya última actualización se ha llevado a cabo con la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, sobre la modificación de la misma.
- 4) Valencia: Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Recientemente esta ley ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad al entender que excedía las competencias autonómicas y declarada nula.
- 5) País Vasco: Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura conyugal⁶.

⁵ SOLSONA M., SPIJKER J. y AJENJO M., <<Caleidoscopio de la custodia compartida en España>> de La custodia compartida en España, BECERRIL D. (coord.), DYKINSON S.L., Madrid, 2017, p.47.

⁶ SOLSONA M., SPIJKER J. y AJENJO M., <<Caleidoscopio de la ...>>, cit., p. 47.

II. Breve referencia al concepto de la custodia compartida y su regulación en España

Antes de entrar en profundidad con la regulación de la custodia compartida en las distintas autonomías, considero conveniente desarrollar brevemente el concepto de custodia compartida con el fin de facilitar la posterior comprensión del trabajo.

Como se ha podido ver al comienzo de este texto no hay una postura clara en cuanto a la custodia compartida o al régimen de convivencia de los progenitores con sus hijos tras la ruptura de sus relaciones. La custodia compartida puede ser definida como la situación legal que se genera cuando, producida una separación o divorcio, ambos progenitores tienen la custodia legal de sus hijos menores de edad teniendo un reparto equitativo de la posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones propios de la patria potestad⁷.

La custodia compartida es un régimen con numerosas formas de llevarse a cabo como por ejemplo en lo referente al aspecto temporal. Podemos entender la custodia con una convivencia repartida por semestres, quincenas... Bien es cierto que esto depende del resto de circunstancias que puedan permitir que los menores sufran la menor variación posible en su día a día ya que si se producen cambios muy bruscos podrían afectar a su vida social y a su desarrollo como personas.

Este régimen consiste por tanto en un intento de mantener o buscar una normalidad en la relación parental de tal manera que la ruptura de la relación de los progenitores afecte lo menos posible a la vida del menor. Los progenitores podrán acordar de mutuo acuerdo las condiciones que consideren oportunas, pero teniendo siempre como piedra angular el superior interés de su hijo. Además debemos tener en cuenta el derecho del hijo a la coparentalidad, de manera que pueda seguir manteniendo una relación regular con sus progenitores.

Por otro lado, los defensores de la custodia compartida la consideran un régimen que puede tener una gran cantidad de beneficios para el menor. Entre ellos está la posible

⁷ LOPEZ MARTINEZ R., <<Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual>> de *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, nº 22, 2016, pp. 179-192

continuidad de su vida familiar, considerando que la convivencia y el cuidado repartido entre ambos progenitores conllevará un menor perjuicio. A pesar de todo esto, no debemos entender que sea el fin general, ya que no todas las situaciones responden ante las mismas circunstancias y puede ser que en un determinado contexto la custodia compartida no sea la opción más favorable para el interés del menor. Se entiende que cada supuesto tiene unas características diferentes y por tanto tiene especial importancia la función del juez y el resto de instituciones involucradas en llevar a cabo el análisis pertinente de las mismas. Por ello, en base al interés del menor debe evitarse cualquier tipo de perjuicio en su vida diaria y proteger su estabilidad.

III. La custodia compartida en Aragón

1. La custodia compartida como régimen preferente

La Comunidad de Aragón destaca respecto a las demás en este aspecto debido a que fue la primera Comunidad Autónoma que dotó de un carácter preferente a la custodia compartida con la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Esta ley fue fruto del desarrollo de las competencias exclusivas en materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés y del Derecho procesal conforme a los artículos 149.1.8ª y 6ª de la Constitución y 71.2ª y 3ª del Estatuto de Autonomía⁸.

La Ley 2/2010, de 26 de mayo entró en vigor el día 8 de septiembre del 2010 convirtiéndose así en la primera ley que establecía la custodia compartida de los hijos menores o incapacitados como sistema preferente por delante de la custodia individual o exclusiva que adquiriría un carácter subsidiario.

Posteriormente sería derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; aprobando el nuevo texto del Código de Derecho Foral de Aragón donde se acaba integrando la Ley anteriormente mencionada. Este sistema de guarda y custodia de los hijos menores estaba basado en el criterio de la protección del interés del menor, interés que prima ante los demás criterios, y en promover la igualdad parental.

Esta defensa del interés del menor se guía por principios contemplados en textos como la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley de 26/2015, de 28 de julio o el artículo 76.2 del Código de Derecho Foral de Aragón que viene a decir “Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos”.

⁸ Constitución Española de 1978, art. 149.1.8º y 6º, Estatuto de Autonomía de Aragón, art. 71.2ª y 3ª. El artículo 149.1.8º viene a decir en su redacción que la competencia sobre la legislación civil es exclusiva del Estado “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

El propio Tribunal Constitucional considera que el criterio que debe prevalecer en cualquier decisión adoptada con respecto a un menor debe de ser siempre su interés, realizando la correspondiente ponderación con el de sus padres, que, a pesar de considerarlo menor en grado, también ha de estudiarse en estos casos⁹. En Aragón la patria potestad está vinculada a la figura de la autoridad familiar la cual corresponde a ambos progenitores, o a uno de ellos o a otros en los casos que hayan podido ser previstos por la ley¹⁰. Además, esta autoridad familiar deberá ser ejercida en interés del menor no emancipado¹¹. Es en los artículos siguientes donde se hace referencia a las formas de llevar a cabo el ejercicio de esta autoridad por parte de los padres, diferenciando entre el ejercicio pactado, de forma conjunta o separada. Tendrá este carácter exclusivo cuando se excluya, suspenda, prive o extinga la autoridad familiar del otro progenitor, o en aquellas situaciones en las que se llegue a esto de manera judicial¹².

La guarda y custodia de los hijos queda estipulada en el artículo 80.2 CDFA según el cual el régimen preferente será la custodia compartida entendiéndose que este es el que más conviene en cuanto a lo que el interés del menor se refiere¹³. La intención del legislador en este caso era otorgar preferencia a la custodia compartida con el fin <<de favorecer el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores>>, y buscar el interés del menor.

En el Preámbulo de la Ley 2/2010 se citan los principios en los que se fundamenta dicho régimen que consisten en el “derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres” y el “derecho-deber de los padres de crianza y educación en el ejercicio de la autoridad familiar”¹⁴.

Con la aplicación de la Ley 2/2010 se dio lugar a una gran cantidad de jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Algunos de estos criterios quedaron recogidos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012¹⁵. Esta

⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 141/2000 de 29 mayo (RTC 2000/41)

¹⁰ En referencia al art. 63 del Código Derecho Foral de Aragón (CDFA).

¹¹ En referencia al art. 64 CDFA.

¹² Art. 72 CDFA

¹³ Art. 80 CDFA

¹⁴ DOMINGUEZ OLIVEROS I., <<¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativo y praxis judicial>> de Colección Derecho de Familia, HINOJAL S. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.143

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012 de 1 febrero. (RJ 2012\4317)

sentencia aglutina las posturas ya desarrolladas por otras en las que se considera que “La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin”¹⁶. Además como se ha ido recalando a lo largo del escrito, se debe primar siempre el interés superior del menor y no se debe entender la custodia compartida como un sistema rígido¹⁷. Por otro lado, la custodia compartida estaba estipulada como el régimen preferente, sin embargo “podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando este resulte mas conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código”. “La adopción de la custodia individual exigida una atenta valoración de la prueba que así lo acredite (la conveniencia para el menor) frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores”¹⁸.

2. Pacto de relaciones familiares

A pesar de lo mencionado anteriormente sobre el carácter preferente de la custodia compartida en Aragón con motivo de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, esta ley sigue manteniendo la importancia del principio de libertad de pacto entre los padres, de tal manera que estos sean capaces de llegar a un pacto regulador de su nueva situación sin que en este caso influya la preferencia establecida (arts. 75.3, 77 y 78)¹⁹.

El contenido mínimo de este pacto está estipulado en el art. 77.2 debiendo constar de la concreción del régimen de convivencia o de visitas con los hijos, relación con el resto de parientes, uso de la vivienda y ajuar familiar, contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios, liquidación del régimen económico matrimonial en aquellos casos en que fuese necesario y la asignación familiar compensatoria²⁰.

¹⁶ STSJA, Civil, Sección 1ª, núm. 10/2011 de 30 septiembre (RJ 2012\668)

¹⁷ STSJA, Civil, Sección 1ª, núm. 8/2011 de 13 julio (RJ 2011\6564)

¹⁸ STSJA, Civil, Sección 1ª, núm. 13/2011 de 15 diciembre (RJ 2012\55)

¹⁹ SERRANO GARCÍA J.A., <<La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia>> de *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza-Huesca, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, p. 11.

²⁰ CDFa, art. 77.2

Para que este pacto conste a efectos de documento público debe ser aprobado por la autoridad judicial, y oído por el Ministerio Fiscal. El juez, en caso de que este pacto se lleve a cabo cumpliendo con los requisitos mínimos exigidos, deberá aprobarlo siempre y cuando este no vaya en contra de normas imperativas o el mismo ponga en peligro el interés superior del menor.

En el caso de que no se consiga la aprobación judicial, en palabras de la Audiencia Provincial de Zaragoza²¹ “el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no puede ser incorporado al proceso de familia, ni producir eficacia procesal y servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial que la demandante esgrime”²².

En cuanto a la custodia compartida, el hecho de no haber pactado la misma en el pacto de relaciones familiares no debería suponer motivo suficiente para que el juez no la tenga en consideración como la mejor situación para el menor.

Si los progenitores no consiguiesen llegar a un pacto o a una solución entre ambos, será el juez quien deberá decidir cuales son las medidas que deberán regir la nueva relación.

3. Cambios en el Código de Derecho Foral de Aragón

Recientemente ha procedido a modificarse el art. 80.2 CDFA que establecía con carácter preferente la custodia compartida. Se considera que cada caso tiene un contexto diferente y por ello no era adecuada la aplicación anterior de la ley. Esto llevaba al pensamiento de que estableciendo el régimen de la custodia compartida como el régimen de carácter preferente no se estaba atendiendo correctamente a muchas de las situaciones que se presentaban en el panorama social y judicial poniendo especialmente en peligro el interés del menor. Por ello, en caso de que la convivencia entre los progenitores se rompa, y a falta de que exista un acuerdo entre ellos, los tribunales deberán decidir sobre el régimen a aplicar, siempre primando la situación del menor y que el resultado sea fruto del estudio de los factores que se enumeran en el

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección. 2ª, 228/2012, de 25 de abril

²² SERRANO GARCÍA J.A., <<La custodia compartida aragonesa en ...>>, cit., p.12.

art. 80.2 del CDFA. Entre estos criterios encontramos la edad de los hijos, su arraigo familiar y social...²³ La modificación que se ha llevado a cabo consiste en colocar en el mismo plano el régimen de la custodia compartida y la custodia individual frente a la anterior regulación en la que la custodia individual quedaba relegada a un segundo lugar y solo para aquellos casos en los que el juez se apartaba del criterio preferente²⁴. La elección de la segunda solo se llevaba a cabo cuando se consideraba claramente más beneficiosa para el interés del menor²⁵, y por ello inaplicando la norma general de preferencia para ese caso concreto²⁶.

Por ello, el 4 de abril de 2019 se publicó en el Boletín Oficial de Aragón la Ley 6/2019 de 21 de marzo, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011. Como se ha comentado un poco más arriba con ello se procedería a la modificación del art. 80.2 CDFA de tal forma que antes de optar por cualquier régimen de forma preferente el juez deberá atenerse a los intereses de los niños y circunstancias como el arraigo con sus progenitores, la edad, o incluso la dedicación que el progenitor haya tenido con respecto al cuidado de los menores durante el periodo de convivencia²⁷. Como señalábamos uno los criterios más relevantes a la hora de cambiar este sistema ha sido la intención de no dejar de lado las diferentes circunstancias que pueden darse en un caso concreto y que exista un análisis más personalizado de los factores que pueden influir en el mismo. Por otro lado, ha sido relevante que ninguna de las normativas vigentes en España prevén o prejuzgan el régimen que debe adoptarse preferentemente²⁸.

²³ CDFA, art. 80.2

²⁴ SERRANO GARCÍA J.A., <<La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida>> de *Revista de Derecho Civil aragonés*, nº 18, 2012, pp. 9-54

²⁵ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), nº 24/2012 de 5 de julio (RJ 2012\8806)

²⁶ SERRANO GARCÍA J.A., <<La custodia individual como ...>> cit., p. 11

²⁷ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13856-en-aragon-la-custodia-compartida-deja-de-ser-preferente-en-interes-del-menor/> , 14/06/2019, 19:25

²⁸ <http://diariolaley.laley.es/home/NE0001889544/20190404/En-Aragon-la-custodia-compartida-deja-de-ser-preferente-en-interes-del-menor> , 14/06/2019, 19:51

IV. La custodia compartida en Cataluña

1. El divorcio en Cataluña

La Comunidad Autónoma de Cataluña tiene especial importancia en este ámbito ya que destaca en el contexto estatal al ser la C.A. con uno de los índices más altos en la tasa de divorcios (en el año 2017 solo superada por Canarias y Ceuta, y seguida muy de cerca por la Comunidad Valenciana), así como de consenso entre cónyuges y de sentencias de custodia compartida²⁹.

En cuanto a esta última categoría, las Comunidades Autónomas que se encuentran a la cabeza son Cataluña, Baleares y la Comunidad Valenciana. A nivel estatal la custodia compartida era la opción otorgada en un 24,6 % de los casos como comunica la Unión Estatal de Federaciones y Asociaciones para la Custodia Compartida (UEFACC)³⁰ en el año 2015, y ha aumentado hasta el 30 % de los casos en el año 2017, ambos datos obtenidos a partir de la información facilitada por el Instituto Nacional de Estadística (INE)³¹. Ya en el año 2015, la custodia compartida se concedía en el 40,5 % de los casos en Cataluña, por detrás del 52,8 % para la custodia en favor de la madre³². Siguiendo estos datos observamos que el divorcio es en nuestros tiempos algo normalizado y que es una práctica que ha aumentado considerablemente con el paso de los últimos años. Por ello, no es de extrañar que ahora nos encontremos con una gran cantidad de hogares en los que solo hay una figura parental, o que han sido reconstituidos tras el divorcio o separación por lo que veríamos un progenitor, con su pareja, y los hijos de uno de ellos, de los dos, o incluso de sus hijos en común³³.

²⁹ <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25204> , 02/07/2019, 16:41

³⁰ <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20161008/catalunya-lidera-divorcios-custodia-compartida-5475124> , 02/07/2019, 17:12

³¹ https://elpais.com/sociedad/2018/09/24/actualidad/1537798270_784413.html , 02/07/2019, 17:30

³² <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20161008/catalunya-lidera-divorcios-custodia-compartida-5475124> , 02/07/2019, 17:35

³³ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

2. El Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia

El Libro Segundo consiste en un texto que recoge ciertas tendencias internacionales y la doctrina de algunos Convenios de relevancia internacional, como por ejemplo el de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre derechos de personas con discapacidad.

El texto, como dice en su preámbulo, fue fruto de una evolución social y de importantes cambios en las características de las familias que han variado con respecto a las generaciones inmediatamente anteriores. Esto ha ido acompañado de la mano diversos factores algunos de los cuales ya se adelantaban en la introducción de este trabajo, como el aumento en la tasa de actividad femenina en los países más desarrollados lo que es considerado uno de los condicionantes del retraso de la edad en la que se contrae matrimonio actualmente³⁴.

Recientemente, con la Ley 3/2017, de 15 de febrero se ha procedido a la modificación de varios de los libros del Código Civil de Cataluña entre los que se encuentra el que aquí nos acontece. Concretamente esta modificación se encuentra en la disposición final segunda, interesándonos las que realiza sobre el Capítulo III que recoge los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación legal.

Lo más relevante para el estudio que estamos llevando a cabo son las variaciones que estas modificaciones han producido en las secciones 1ª y 2ª de este Capítulo III, especialmente en su artículo 233-2 con respecto a las medidas definitivas que se tomarán a través de la elaboración de un convenio regulador por parte de los cónyuges. En la comparativa podemos observar que se ha diferenciado un apartado 2 en el que se hace referencia a aquellos cónyuges que tienen hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, de manera que deberán presentar el convenio regulador ante la autoridad judicial para su aprobación. Es un cambio importante ya que anteriormente no existía ninguna referencia a las personas con discapacidad respecto a esta materia en Cataluña.

³⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Por otro lado, ahora encontramos estipulado el contenido de este convenio regulador en los apartados 4 y 5 de dicho artículo. El convenio deberá estar compuesto por un plan de parentalidad, cuya elaboración deberá realizarse conforme al artículo 233-9 de este mismo Código, el cual desarrollaré con posterioridad. Se harán constar los alimentos que deberán prestar los cónyuges, tanto aquellos que tienen un carácter ordinario como los que gozan de un carácter más extraordinario, estipulando ciertas características como su periodicidad. Por otro lado, también se podrá incluir en él, en el caso de que se estime conveniente el régimen de relaciones personales con los abuelos y/o hermanos que no convivan en el mismo domicilio.

3. Plan de parentalidad

Actualmente, el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña incluye dos aspectos relevantes en relación con la custodia compartida.

En primer lugar, establece que toda propuesta que quieran llevar a cabo los progenitores deberá hacerse mediante un plan de parentalidad. El plan de parentalidad será entendido como un instrumento dirigido a ordenar las cuestiones principales que afectan a los hijos, con motivo de la separación de sus progenitores y la continuidad de estos en el cuidado de los mismos ³⁵.

En segundo lugar, en defecto de haber concretado la modalidad de custodia, que habrá podido ser elegida mediante el plan de parentalidad, o si no es aprobado, será la autoridad judicial quien ha de repartir las responsabilidades de manera compartida, salvo que a su juicio pueda considerarse la guarda exclusiva de uno de los progenitores como la más adecuada para el interés del menor. En relación a esto último, podemos decir que la guarda – o custodia- compartida tiene cierto carácter preferente, dejando a la guarda exclusiva en un segundo plano, al igual que ocurría anteriormente en Aragón. Sin embargo, no podemos decir que se atribuya la custodia compartida con un carácter automático ³⁶.

³⁵ VILLAGRASA ALCAIDE C., <<La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades>> de *La custodia compartida a debate*, PICONTO (edit.), Dykinson, Madrid p. 86

³⁶ VILLAGRASA ALCAIDE C., <<La custodia compartida en España y ...>>, cit., p. 86

Con la guarda compartida no se busca un reparto temporal de los progenitores con respecto a sus hijos, sino que estamos ante una planificación de las responsabilidades que estos tienen en función del contexto familiar, personal y la laboral de los padres.

Por otro lado, como ya se ha hecho referencia en el punto anterior, el plan de parentalidad está regulado en el artículo 233-9 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, y es en este artículo donde se ha concretado su contenido desde la entrada en vigor del mismo en el año 2010.

Conforme a este artículo, en el plan de parentalidad deben constar como mínimo: el lugar donde residirán de forma habitual los menores³⁷; cuál será la relación por parte de los progenitores en los periodos en los que cada uno de ellos tenga la guarda³⁸; cómo ejercerán sus responsabilidades y de qué manera pretenden enfocar la educación y el cuidado de los menores³⁹; las tareas que ejercerá cada uno⁴⁰; cuál es la carga económica que soportará cada uno de ellos; así como las distintas aportaciones que consideren oportuno realizar.

La importancia de la presentación del plan de parentalidad ha podido verse reflejada en numerosos procesos por lo que ha quedado reflejado en la jurisprudencia catalana. Esto ocurre por ejemplo en la STSJC 18/2017 de 29 de marzo⁴¹ en la que se incurre en la reiteración por parte de los tribunales de la importancia de la elaboración y entrega de un plan de parentalidad⁴², no solo en los supuestos en los que existe un mutuo acuerdo y deberá formar parte del convenio regulador⁴³, sino también en los contenciosos, donde se menciona que se presentará un plan de parentalidad por cada uno de los progenitores⁴⁴, entendiéndose que tienen diferentes propuestas⁴⁵.

³⁷ El lugar donde tendrán su domicilio o domicilios habituales, así como el deber de informar de los posibles cambios de domicilio que se puedan llevar a cabo.

³⁸ Con ello se hace referencia a la relación y comunicación que tendrá el progenitor que durante ese periodo de la guarda no tenga a los menores consigo.

³⁹ Hace referencia tanto a las actividades a nivel educativo o extraescolar, como a cualquier otro tipo de actividad formativa o de ocio.

⁴⁰ Incluye el deber de informar al otro progenitor sobre la educación, salud y el bienestar de los menores

⁴¹ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 18/2017 de 29 de marzo (RJ 2017/2098)

⁴² La propia sentencia cita otras como la SSTSJC 20/2014, de 23 de marzo (Pleno), 19/2014, de 23 de marzo (RJ 2014, 2054) y 23/2014, de 7 de abril (RJ 2014, 3561).

⁴³ Código Civil de Cataluña, art. 233-2 a)

⁴⁴ Código Civil de Cataluña, art. 233-11

⁴⁵ SOLSONA M., BRULLET C., y SPIJKER J., << Coparentalitat i custòdia compartida a Catalunya >> de *Documents d'anàlisi geogràfica*, Vol. 60, nº 2, 2014, p. 393-395

La funcionalidad del plan de parentalidad estipulado en el artículo 233-8 del Código Civil de Cataluña está basada en el ya mencionado interés del menor, con el fin de evitar o prevenir futuras disputas entre sus progenitores ⁴⁶.

⁴⁶ STSJC 18/2017 de 29 de marzo

V. La custodia compartida en la Comunidad Autónoma de Valencia

1. Vigencia de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven

En la Comunidad Autónoma de Valencia se regían por lo dispuesto en la regulación estatal, es decir, el Código Civil. El Código Civil era la normativa a aplicar en materia de guarda y custodia de los hijos menores, la cual está recogida en los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del mismo. Esta fijaba la guarda y custodia individual como la norma general, aunque ya se preveía la existencia de procedimientos en los que se otorgaba la custodia compartida.

La situación en la Comunidad Valenciana cambiaría con la aparición de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, que con su entrada en vigor el día 5 de mayo de 2011 introduciría una serie de novedades. Entre estas estaría su artículo 5, que en su apartado 2 establece como regla general la atribución de la custodia compartida del régimen de convivencia con los menores⁴⁷, no siendo suficiente obstáculo la negación de uno de los progenitores o su mala relación⁴⁸

Esto llevaría a una serie de cambios jurisprudenciales como el que se dispuso en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de septiembre de 2013 que llevaba a considerar como excepcional la custodia individual, y solo en aquellos casos en los que fuese necesario para el superior interés del menor⁴⁹.

⁴⁷ Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven. Derogada el 16 de noviembre de 2016.

⁴⁸ <https://elderecho.com/a-vueltas-con-la-custodia-de-los-hijos-tras-el-momento-de-la-crisis-familiar>, 02/07/2019, 11:05.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 6 de septiembre de 2013 (RJ 2013\6660). La STSJ de la C. Valenciana viene a decir que cabía la modificación de la custodia individual por la custodia compartida debido al cambio legislativo que se había producido en la legislación de la Comunidad Valenciana con motivo de la entrada en vigor de la Ley 5/2011 de 1 de abril. Considera que el cambio legislativo por el cual se establece la custodia compartida por norma general en tenor de su artículo 5, es suficiente para llevar a cabo un cambio de las medidas definitivas

2. Declaración de inconstitucionalidad

Esta normativa se seguiría aplicando, sin embargo, no tardaría en promoverse un recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno contra la totalidad de la Ley 5/2011 de 1 de abril. Este se formularía ante la visión de que la Ley anteriormente citada estaba excediendo las competencias del artículo 49.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Valencia para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio⁵⁰. De esta manera se entiende vulnerado el artículo 149.1.8 CE que estipula la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil⁵¹.

Este recurso, tenía como telón de fondo la intención de la Comunidad Valenciana de elaborar su propio Código Civil en un intento de recuperar los antiguos Fueros del histórico Reino de Valencia, pero basados en los valores y principios de nuestra Constitución. Además, debemos recordar que no es la primera vez que se había intentado algo similar ya que anteriormente se quiso promulgar la Ley valenciana 10/2007 de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, la cual también fue recurrida. La diferencia con aquella situación es que en este último recurso no existían antecedentes de la materia correspondiente en los Fueros, por lo que difícilmente podía sostenerse un desarrollo de los mismos ⁵².

Es aquí donde los recurrentes entendían que la nueva Ley estaba llevando a cabo una vulneración de las competencias que le habían sido otorgadas a la Comunidad Valenciana puesto que el artículo 149.1.8 CE atribuye competencias para el desarrollo, es decir, hablamos de una actualización o innovación, pero dentro de unos límites. Es por ello que, para poder desarrollar unas competencias autonómicas en materia de Derecho Civil con respecto al Derecho foral, se exige precisamente la existencia de esta materia en el mismo, no pudiendo desarrollar aquello que no existe como tal ⁵³.

⁵⁰ En principio, la Comunidad Valenciana, tiene competencia exclusiva para la “conservación desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”. Sin embargo, en base a este recurso del Gobierno, el TC introdujo unas matizaciones al respecto.

⁵¹ Constitución Española de 1978, art. 149.1.8

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 192/2016 de 17 noviembre (RTC 2016\192)

⁵³ STC(Pleno) 192/2016 de 17 noviembre (RTC 2016\192)

Por último, el recurso consideraba que la Ley 5/2011 introducía una serie de medidas que se apartaban de lo estipulado en el Código Civil, especialmente las referentes al conocido en la Comunidad Valenciana como régimen de convivencia compartida.

El Tribunal Constitucional se pronunciaría declarando la inconstitucionalidad de la Ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, ya que consideró que la Comunidad Autónoma no cumplía con los requisitos exigidos para tener el reconocimiento de esta competencia. Por otro lado, a pesar de su inconstitucionalidad⁵⁴, no tendría carácter retroactivo para las decisiones ya tomadas durante su vigencia, puesto que independientemente del régimen de guardia y custodia elegida, en ese momento se basaron en el beneficio y protección del menor⁵⁵.

A pesar de todo, en la actualidad los tribunales no han dejado de adoptar la custodia compartida como el régimen preferente, ya que, a pesar de la anulación de la ley, la guarda compartida goza de apoyo social, y estos pueden encontrar apoyo en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia desarrollaré más adelante. En cuanto a esto podemos encontrar hasta un crecimiento del número de decisiones que otorgan la custodia compartida de hasta un 53,58 % en la Comunidad Valenciana. De esta forma según el INE, en el año 2017 de un total de 11.191 divorcios, 2.494 acabaron con un reparto equitativo del cuidado de los hijos.⁵⁶

⁵⁴ STC (Pleno) 192/2016 de 17 noviembre (RTC\2016\192)

⁵⁵ <https://elderecho.com/a-vueltas-con-la-custodia-de-los-hijos-tras-el-momento-de-la-crisis-familiar> , 03/07/2019, 20:37

⁵⁶ <https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2019/01/07/custodias-compartidas-divorcios-crecen-50/1817555.html> , 04/07/2019, 10:50

VI. La custodia compartida en Navarra

1. Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres

En Navarra debemos destacar la publicación de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. La Ley Foral 3/2011 establece en su artículo 3 que en caso de que los progenitores pongan fin a la convivencia, cada uno de ellos por separado, o de forma conjunta, podrán solicitar a la autoridad judicial la guarda y custodia de sus hijos, bien a ser ejercida por los dos o solo por uno de ellos.

Es de nuevo en esta legislación donde recae sobre la autoridad judicial el deber de atender a las circunstancias del caso como son la situación económica de los progenitores, la edad del menor, etc. En el caso de que el juez se decante por la custodia compartida establecerá un régimen de manera que se prime el interés del menor, que se adapte a las circunstancias estudiadas y que garantice que los progenitores podrán ejercer sus derechos y obligaciones en una situación de equidad. En cambio, si decidiese que lo más correcto sería una custodia individual deberá establecer el régimen de comunicación, visitas, etc que permita al otro progenitor desarrollar correctamente las facultades y derechos propios de su patria potestad⁵⁷.

Por ello, podemos decir que la Ley Foral 3/2011 no establece la custodia compartida como el régimen preferente, si no que al igual que está ocurriendo en otras zonas del territorio español la autoridad judicial tiene cierta discrecionalidad a la hora de analizar los diferentes factores que componen el caso y decantarse de forma motivada por el régimen que considere más oportuno.

2. Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. Modificación con la Ley 21/2019, de 4 de abril

⁵⁷ LOPEZ MARTINEZ R., <<Legislación sobre custodia ... >>, cit., pp. 184-185

Al igual que el resto de la sociedad española, la sociedad navarra ha sufrido una gran cantidad de cambios y transformaciones que necesitaban ya de un respaldo normativo. La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra cuenta con un desarrollo de las materias que han compuesto tradicionalmente el derecho civil o privado: familia, sucesiones, propiedad y contratos.

A pesar de ello, tras la modificación que sufrió para adaptarse al periodo constitucional, no se han realizado grandes cambios, lo cual hacía que ciertos sectores de la sociedad buscasen un cambio. El ámbito familiar estaba siendo uno de los olvidados, por ello se promulgó la ley descrita en el anterior apartado, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Además, no se consideró algo definitivo por lo que mediante la introducción de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, se procedería a la modificación de la Compilación⁵⁸ con lo que se ha pretendido que sea un acercamiento a la realidad de la sociedad navarra. Esta modificación es fruto del desarrollo de la competencia exclusiva que tiene la Comunidad Foral de Navarra para la conservación, modificación y desarrollo en virtud de lo expuesto en los artículos 149.1.6 y 8 de nuestra Constitución y al artículo 48.1 y 2 de la LORAFNA⁵⁹.

Para la materia que aquí nos compete que es la guardia y custodia de los menores en la Comunidad Foral de Navarra, debemos irnos al que tras la modificación se ha convertido en la Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. En esta Ley se recoge el supuesto de ruptura de la convivencia parental con el objetivo de determinar cual será el régimen más conveniente para el interés del menor. Podemos observar, que la redacción de esta no dista prácticamente en nada con respecto a la ya mencionada Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo. La única diferencia relevante es el caso de la inclusión en la misma de la guardia a favor de terceras personas y de las visitas de los menores por otros.

⁵⁸ Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, preámbulo

⁵⁹ Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, art. 48.1 y 2. El art. 48 viene a decir que Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral y que le corresponde mediante ley foral, la “conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra”

En la primera de las situaciones, de carácter excepcional, el juez puede establecer que la guardia y custodia del menor sea llevada a cabo por otros parientes o personas cercanas al menor siempre que estos den su consentimiento, o también puede darse en el caso de que se otorgue a una Entidad pública con los trámites posteriores que esto acarrearía. Por otro lado, el juez, a petición de las partes o del Ministerio Fiscal puede establecer un sistema de comunicación de los menores con una serie de parientes o allegados, siendo relevantes los hermanos o abuelos y previa audiencia de los mismos. La resolución de la petición será estipulada en la misma en la que se acuerden las medidas sobre la responsabilidad parental.

En conclusión, la nueva Compilación ha recogido las últimas normativas en cuanto a la guarda y custodia de los hijos de tal manera, que mantiene el criterio fijado por la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo. Con ello, mantiene la postura que no se decanta de forma preferente por ningún régimen, dando al juez la capacidad de decantarse por el que considere más oportuno al evaluar las circunstancias del caso entre las que se encuentran: la edad de los hijos; su arraigo social y familiar; existencia de acuerdos y/o convenios previos por parte de los padres; etc. Eso sí, sea cual sea la decisión tomada por la autoridad judicial deberá tener en cuenta todos los intereses, primando el interés de los hijos, pero también buscando una situación de igualdad entre los progenitores de tal manera que ambos puedan desarrollar en perfectas condiciones la relación con sus descendientes⁶⁰

⁶⁰ LOPEZ MARTINEZ R., <<Legislación sobre custodia ... >>, cit., pp. 184-185

VII. La custodia compartida en el País Vasco

1. Breve referencia al contexto en el que aparece la Ley 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores

La Ley 7/2015 se promulgó casi 5 años más tarde que el resto de las regulaciones autonómicas, que decidieron empezar a desarrollar su postura sobre los regímenes de guarda y custodia ante la pasividad de la normativa a nivel estatal. Sería esta pasividad la que haría que ya en el año 2011 se comenzase a desarrollar la Ley por parte del Parlamento Vasco, pero aún tardaría en estar lista.

En ese periodo de tiempo, hubo un impulso por parte de los tribunales estatales, cuya jurisprudencia podemos decir que ha influido notablemente en la ley vasca⁶¹. El contexto que estaba creando esta jurisprudencia consistía en el entendimiento de que la custodia compartida debía dejar de ser un régimen excepcional para llegar a ser el objeto preferente, o en palabras del propio Tribunal Supremo, “normal y deseable”⁶².

2. Desarrollo de la guarda y custodia compartida en la Ley 7/2015

La ley 7/2015 se fundamenta en una serie de principios entre los que se encuentra la corresponsabilidad parental, es decir la ley garantizará que los progenitores participarán de forma equitativa en el conjunto de responsabilidades con respecto a sus hijos, así como de cualquier decisión que pueda afectar a los intereses del menor. Por otro lado, siguiendo la jurisprudencia del TS, se basa en el derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida, entendiendo que este sistema de convivencia será positivo para el desarrollo de los mismos y el derecho del menor a relacionarse con regularidad con sus familiares, especialmente con el progenitor no custodio según el régimen que se aplique. Finalmente, se basa en la igualdad entre hombres y mujeres, no ya en cuanto al reparto equitativo de responsabilidades si no a la relación entre los mismos ⁶³.

⁶¹ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 556.

⁶² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 257/2013 de 29 abril. (RJ 2013\3269)

⁶³ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 558.

La guarda y custodia de los hijos en la Ley 7/2015 está regulada en su artículo 9. Este artículo estipula que la guarda y custodia compartida ha de ser el modelo preferente en caso de ruptura de la vida en pareja de sus progenitores. Eso sí, a pesar de tener este carácter preferente, no consta de un carácter automático, por lo que deberá solicitarse por una de las partes, no cabiendo su imposición a falta de dicha solicitud. Además, el hecho de que no exista una buena relación entre los progenitores, o que alguno de ellos se oponga a la custodia compartida, no será motivo suficiente para no tomar dicha decisión en el caso de que se considere esta como la medida más favorable para la situación del menor⁶⁴.

La autoridad judicial, una vez solicitada por alguna de las partes, podrá acordar la custodia compartida, basándose eso sí en una serie de factores que también se encuentran estipulados en dicho artículo. Estos factores son⁶⁵:

- a) La relación que tuviesen los progenitores con su descendencia; sus actitudes personales y la vinculación afectiva con los mismos.
- b) El número de hijos e hijas.
- c) La edad de estos.
- d) La opinión de los menores, cuando pueda considerarse que tengan el juicio suficiente, y siempre si estos son mayores de 12 años.
- e) El cumplimiento por los progenitores de sus deberes inherentes a la patria potestad, así como el respeto mutuo entre ellos.
- f) Resultado de los informes psicosociales.
- g) Arraigo social, escolar y familiar de los menores.
- h) Conciliación de la vida laboral y familiar, o la intención de implicarse en la asunción de sus deberes como progenitores.
- i) Lugar de residencia habitual, o de aquellas personas que puedan servir de apoyo en ausencia del progenitor.
- j) Cualquier otra circunstancia⁶⁶.

⁶⁴ Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, art. 9.

⁶⁵ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 561.

⁶⁶ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 561.

La solicitud que lleven a cabo las partes, bien para conseguir un régimen individual o compartido, deberá ir acompañado de su propuesta para el desarrollo del mismo, entendiendo esta como la concreción de los tiempos de convivencia, comunicación con el otro progenitor (o con los otros parientes o allegados), etc⁶⁷.

Si el régimen determinado es el de la custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia entre los progenitores y sus hijos, adaptado al contexto familiar pertinente, en el cual se incluirán las garantías necesarias para que estos puedan llevar a cabo un correcto desarrollo de su función como padre o madre del menor⁶⁸.

⁶⁷ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 561.

⁶⁸ AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles...>>, cit., p. 562.

VIII. La custodia compartida según la jurisprudencia del TS

1. Términos generales

El artículo 92.5 del Código Civil señala desde su redacción en la Ley 15/2005 de 8 de julio 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”. Posteriormente sigue desarrollando que el juez podrá acordarla en dos supuestos, que consistirían en que este régimen fuese pedido por ambos progenitores o cuando a falta de dicha petición, lo considere el medio más adecuado para proteger el interés del menor o menores⁶⁹. En este último caso, habrá petición de al menos una de las partes y se debe haber recabado un informe favorable del Ministerio Fiscal ⁷⁰.

Es por ello, que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo gira en torno a estos artículos de tal manera, que como ya ocurría en las regulaciones autonómicas, se vela siempre por el beneficio y protección del superior interés del menor, acordándose la custodia compartida tras el estudio de una serie de factores, como las práctica anteriores por parte de los progenitores en las relaciones con el menor; los deseos manifestados por el mismo; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto en sus relaciones personales. En resumen, se acordará el régimen de custodia compartida o cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada ⁷¹.

2. La custodia compartida como el régimen deseable para el TS

La sentencia que asentó doctrina fue la del 29 de abril de 2013, sin embargo, son varias las sentencias en las que el Alto Tribunal considera que a raíz del artículo 92 del Código Civil, no puede considerarse la custodia compartida como una medida excepcional y a raíz de ello lo considera como una postura “normal e incluso deseable, porque permite

⁶⁹ CC, art. 92.5

⁷⁰ CC, art. 92.8

⁷¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 52/2015 de 16 de febrero (RJ 2015\553)

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”⁷². Por otro lado, se pronunció contra las sentencias que no seguían estos criterios, entendiéndolo que ponían en riesgo la seguridad jurídica en una situación que debido a la gran conflictividad que producía necesitaba de una solución homogénea y clara. Es el caso de la sentencia de 29 de marzo de 2016⁷³ en la cual consideraba que la sentencia impugnada no estaba actuando con claridad ni siguiendo lo estipulado por el Tribunal y por el CC⁷⁴.

Para el Tribunal Supremo prima ante todo la protección del interés del menor, que, desde un punto de vista social, tiene a vincularse con la relación del menor con sus dos progenitores, pero realmente lo que prima en esta búsqueda es la garantía de los derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación e intimidad.

Además, el Tribunal Supremo añade que se establece la guarda y custodia compartida como forma de fomentar la integración del menor con ambos progenitores, evitando que puedan producirse ciertos desequilibrios; evitar el sentimiento de pérdida e incluso actúa en beneficio de la cooperación entre los padres, lo cual siempre favorecerá al menor⁷⁵. Sin embargo, esto no hace que crea que la guarda y custodia compartida está pensada para proteger la igualdad entre los progenitores, ya que el fin único de la misma es el interés del menor, en base a las exigencias constitucionales⁷⁶.

Para el Alto Tribunal, los derechos de los progenitores también han de ser protegidos, pero cuando el desarrollo de los mismos pueda afectar de forma negativa al desarrollo de la personalidad de los menores, el interés del progenitor pierde toda preferencia⁷⁷.

En el artículo 92.8 CC se alude al carácter de excepcionalidad, y esto podría llevar a pensar que en su redacción se refiere a que el caso goce de unas características poco comunes. Sin embargo, la Sala consideró que este término debía ser interpretado ya que

⁷² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 257/2013 de 29 abril. (RJ 2013\3269), 52/2015 de 16 febrero (RJ 2015\553). Estas son solo algunas de las sentencias en las que se menciona, pero es una doctrina jurisprudencial reiterada a lo largo de los años por el Alto Tribunal.

⁷³ STS, Civil, Sección 1ª, 29 de marzo 2016 (RJ 1159/2015)

⁷⁴ DOMINGUEZ OLIVEROS I., <<¿Custodia compartida preferente o ... >> cit. p. 113.

⁷⁵ STS 52/2015 de 16 de febrero .

⁷⁶ Constitución Española de 1978, art. 39.2.

⁷⁷ DOMINGUEZ OLIVEROS I., <<¿Custodia compartida preferente o ...>> cit. p.106

no hace referencia a una situación excepcional, sino exclusivamente a la falta de acuerdo por parte de los progenitores en el momento de ruptura.

Como he mencionado anteriormente, la guarda y custodia compartida estipulada en el art. 92 CC permite al juez acordarla en los supuestos del párrafo 5 y del párrafo 8 de la misma norma. Este último es que el que hace referencia a la excepcionalidad y hace mención a que de entre los requisitos exigidos, se debe dar la petición por una de las partes. Esto nos lleva a que dicha petición se convierta en un requisito esencial para poder otorgar dicho régimen. Es por ello, que el Código Civil exige la petición por al menos uno de los progenitores, no pudiendo imponerse de oficio.

El Tribunal Supremo destaca la necesidad y conveniencia de la solicitud de dicho modelo, ya que, de no existir interés en su solicitud por ninguno de los progenitores, al no haber contradicción o debate, difícilmente se decidirá sobre el interés que puede tener para el menor este tipo de custodia ⁷⁸.

Por otra parte, en sus últimas sentencias partiendo desde el año 2015, se manifestó sobre el concepto del interés del menor, entendiendo que este consistirá en la preservación del mantenimiento de las relaciones familiares, la satisfacción de las necesidades que puedan tener los menores en cualquier ámbito que pueda surgir y que cualquier medida que se tome sea en función de la estabilidad y de que no consista en una limitación mayor con respecto a los derechos que ampara⁷⁹.

⁷⁸ DOMINGUEZ OLIVEROS I., <<¿Custodia compartida preferente o ...>> cit. p. 113.

⁷⁹ STS, Civil, Sección 1ª, 17 de noviembre 2015 (RJ 1889/2014), 22 de septiembre 2017 (RJ 2831/2016), 19 de octubre 2017 (RJ 1325/2016).

IX. Conclusión

Como se ha podido ver a lo largo del trabajo, la guarda y custodia de los hijos en casos de ruptura y separación de sus progenitores, es un tema que ha generado una variedad de posturas normativas y jurisprudenciales en nuestro Estado. La evolución de las relaciones sociales y por tanto de las familias ha suscitado una serie de problemas que el Estado estaba tardando en solucionar con su falta de atención al desarrollo de una normativa estatal. Eso ha llevado a las CC.AA. que tenían competencia para desarrollar su propio derecho civil a elaborar las leyes que pusiesen fin a los nuevos conflictos que estaban surgiendo en el ámbito del derecho civil o privado. El criterio que hace que unas sean diferentes de otras es principalmente su forma de otorgar la custodia compartida. Desde las que consideran que debe valorarse el régimen compartido como el preferente pero no automático como en Cataluña, otras que optan para que en caso de que no haya un acuerdo por parte de los progenitores sea la autoridad judicial la que deberá decidir como considere más oportuno siempre motivando su decisión, como ocurre en Navarra u otras que recientemente han eliminado toda preferencia como ocurre en el caso de Aragón.

La custodia compartida como se exponía ya en la introducción, es el régimen por el cual en una situación de separación o divorcio por parte de los progenitores estos disponen de la custodia legal de sus hijos y tienen un reparto equitativo de sus obligaciones y derechos como padres de los mismos. Es un régimen que se ha aceptado de forma mayoritaria por la sociedad habiendo aumentado el porcentaje de casos en los que los tribunales lo otorgan. Sin ir más lejos, se puede volver a citar la doctrina del Tribunal Supremo según la cual es considerada como el régimen “normal y deseable”⁸⁰.

Sin escribir en contra de lo que estipula la doctrina del Alto Tribunal, creo que existe un amplio prisma en las relaciones entre los progenitores y sus hijos, lo cual me lleva a decir que, atendiendo de una forma general al interés de los menores, la custodia compartida seguramente resulte a largo plazo beneficioso para la vida de este, y de sus progenitores. Sin embargo, considero aventurado por parte de las legislaciones autonómicas otorgar la preferencia a la misma o darle ese carácter automático que se podía llegar a encontrar en algunos casos.

⁸⁰ STS, Civil, Sección 1ª, 257/2013 de 29 abril. (RJ 2013\3269)

Por otro lado, todas las regulaciones tienen en común que debe primar el interés superior del menor. Es por ello, que en respuesta a la gran variedad de situaciones que pueden surgir veo más favorable un modelo en el cual las distintas instituciones encargadas de estos procesos, así como la autoridad judicial, lleven un análisis pormenorizado de las circunstancias que se den en cada familia con el fin de alcanzar una solución totalmente adaptada al contexto que compete.

De esta manera, focalizando la atención en las regulaciones más recientes como la dada en Navarra, el juez (en defecto de acuerdo entre los padres) será quien deberá decidir cual de los regímenes considera más oportuno. Cercano a esto son los cambios en Aragón donde como ya se ha comentado en el trabajo se han igualado en un mismo plano la custodia compartida y la custodia exclusiva, en una postura que podría llegar a adaptarse con mayor facilidad al conjunto de los conflictos de ruptura y separación de los progenitores que surgen hoy en día. Así se otorga al juez un margen discrecional, confiando en que mediante un criterio motivado y el seguimiento de las normas pertinentes valore los intereses en juego de todas las partes, pero siempre buscando alcanzar aquellas soluciones más favorables para los que resultan ser la parte más desprotegida en este tipo de procesos, los menores. En resumen, no debería de existir un carácter de excepcionalidad con respecto a la custodia compartida pero la preferencia puede no ser siempre una meta donde el objeto debe ser la protección del interés del menor y la búsqueda de la conciliación, teniendo en cuenta la igualdad y la corresponsabilidad por parte de los progenitores.

Bibliografía

AIZPURUA ONDARU G., <<Las otras instituciones civiles vascas. La custodia compartida>> de *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros* , COMPOSICIONES RALI S.A., Vitoria-Gasteiz, 2016

DOMINGUEZ OLIVEROS I., <<¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativa y praxis judicial>> de Colección Derecho de Familia, HINOJAL S. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

LOPEZ MARTINEZ R., <<Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual>> de *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, nº 22, 2016

SERRANO GARCÍA J.A., <<La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia>> de *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza-Huesca, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013

SERRANO GARCÍA J.A., <<La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida>> de *Revista de Derecho Civil aragonés*, nº 18, 2012

SOLSONA M., SPIJKER J. y AJENJO M., <<Caleidoscopio de la custodia compartida en España>> de *La custodia compartida en España*, BECERRIL D. (coord.), DYKINSON S.L., Madrid, 2017

SOLSONA M., BRULLET C., y SPIJKER J., << Coparentalitat i custòdia compartida a Catalunya>> de *Documents d'anàlisi geogràfica*, Vol. 60, nº 2, 2014

VILLAGRASA ALCAIDE C., <<La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades>> de *La custodia compartida a debate* , PICONTO (edit.), Dykinson, Madrid

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13856-en-aragon-la-custodia-compartida-deja-de-ser-preferente-en-interes-del-menor/> , 14/06/2019, 19:25

<http://diariolaley.laley.es/home/NE0001889544/20190404/En-Aragon-la-custodia-compartida-deja-de-ser-preferente-en-interes-del-menor> , 14/06/2019, 19:51

<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25204> , 02/07/2019, 16:41

https://elpais.com/sociedad/2018/09/24/actualidad/1537798270_784413.html ,
02/07/2019, 17:30

<https://elderecho.com/a-vueltas-con-la-custodia-de-los-hijos-tras-el-momento-de-la-crisis-familiar> , 02/07/2019, 11:05

<https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2019/01/07/custodias-compartidas-divorcios-crecen-50/1817555.html> , 04/07/2019, 10:50

Código Civil

Código Derecho Foral de Aragón

Constitución Española de 1978

Estatuto de Autonomía de Aragón

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven. Derogada el 16 de noviembre de 2016

Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección. 2ª, 228/2012, de 25 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000 de 29 mayo (RTC 2000\41)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 192/2016 de 17 noviembre (RTC 2016\192)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Civil, Sección 1ª, 4/2012 de 1 febrero. (RJ 2012\4317)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Civil, Sección 1ª, 8/2011 de 13 julio (RJ 2011\6564)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Civil, Sección 1ª, 10/2011 de 30 septiembre (RJ 2012\668)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Civil, Sección 1ª, 13/2011 de 15 diciembre (RJ 2012\55)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Civil, Sección 1ª, 24/2012 de 5 de julio (RJ 2012\8806)

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 18/2017 de 29 de marzo (RJ 2017/2098)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 6 de septiembre de 2013 (RJ 2013\6660)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 257/2013 de 29 abril. (RJ 2013\3269)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 52/2015 de 16 de febrero (RJ 2015\553)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 658/2015 de 17 de noviembre (RJ 1889/2014)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 194/2016 de 29 de marzo (RJ 1159/2015)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 519/2017 de 22 de septiembre (RJ 2831/2016)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 566/2017 de 19 de octubre (RJ 1325/2016)