



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

“LA CUSTODIA COMPARTIDA”

Presentado por:

Lucía Campayo Vidal - Abarca

Tutelado por:

Vicente Guilarte Guterrez

Valladolid, 21 de septiembre de 2022

RESUMEN

Con el presente trabajo se pretende llevar a cabo un estudio y análisis de la situación actual del régimen de custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico.

La situación aquí prevista afecta diariamente a miles de familias en nuestro país, derivando en muchas ocasiones en un conflicto entre los progenitores, y pasando a un segundo plano el interés de los menores aquí afectados.

Se analizará tanto su evolución legal, como las diferencias existentes al respecto en las diferentes comunidades autónomas.

ABSTRACT

This work aims to carry out a study and analysis of the current situation of the joint custody regime in our legal system.

The situation foreseen here affects thousands of families in our country daily, often resulting in a conflict between the parents, and passing into the background the interest of the children affected here.

Both its legal evolution and the differences in this regard in the different autonomous communities will be analyzed.

PALABRAS CLAVE

Progenitores, guarda, pensión de alimentos, interés del menor, custodia compartida, separación, divorcio.

KEY WORDS

Parents, guard, food board, interest of the child, joint custody, separation, divorce.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	6
2.1. Concepto jurídico de custodia compartida.....	6
2.2. La protección del menor.....	8
2.3. Breve recorrido histórico.....	9
3. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	10
3.1. Evolución y reforma del código.....	10
3.2. La regulación de la custodia compartida en los derechos forales.....	11
3.2.1. <i>La custodia compartida en Aragón.....</i>	12
3.2.2. <i>La custodia compartida en Cataluña.....</i>	15
3.2.3. <i>La custodia compartida en Valencia.....</i>	18
3.2.4. <i>La custodia compartida en Navarra.....</i>	20
4. CUESTIONES A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	20
4.1. Los tiempos.....	20
4.2. Gastos.....	22
4.3. La pensión alimenticia.....	23
4.4. Factores de atribución de la guarda.....	25
4.4.1. <i>El interés del menor.....</i>	27
4.4.2. <i>Su edad.....</i>	28
4.5. Casos en los que puede negarse la custodia compartida.....	29
4.6. Incumplimiento de la custodia compartida.....	30

4.7. La herramienta de la mediación: la figura del mediador.....	32
4.8. ¿Puede imponerse la custodia compartida?.....	34
5. PROBLEMAS OCASIONADOS DE LA MALA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES Y LA FALTA DE COORDINACIÓN.....	35
6. INFLUENCIA DE LA PANDEMIA Y GESTIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA DURANTE ESTA.....	37
7. EL DEBATE ORIGINADO POR LA POSIBLE SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS.....	39
8. VENTAJAS E INCONVENIENTES DERIVADOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	40
MOTIVO ELECCIÓN DEL TEMA DEL TRABAJO.....	43
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	46
JURISPRUDENCIA CITADA.....	48

1. INTRODUCCIÓN

La ruptura del vínculo conyugal conlleva tomar la decisión de cómo van a distribuirse los progenitores las tareas relativas al cuidado de sus hijos. A la hora de tomar esta decisión debe prevalecer siempre el interés del menor.

En la mayoría de casos, son los menores de edad quienes sufren más las consecuencias derivadas de la ruptura. Lo más complicado aquí es decidir cual es para cada uno de los menores el régimen de guarda y custodia más favorable teniendo en cuenta sus circunstancias.

Lo ideal es que los padres sean capaces de llegar a un acuerdo, pero, desgraciadamente son muchas las ocasiones en las que la falta de entendimiento entre los progenitores hace que tenga que delegarse esta decisión al correspondiente Juez.

El Juez tomará la decisión de acuerdo con los requisitos enunciados en el artículo 92 del Código Civil, menos en Cataluña, que al tener derecho civil propio, esta decisión tendrá que basarse en los artículos 233-8 al 233-11 del código Civil de Cataluña.

En el presente trabajo desarrollo la modalidad de custodia compartida, viendo por un lado, los requisitos, las ventajas e inconvenientes del modelo y otro tipo de factores que repercuten en esta.

En el primer apartado de este trabajo se tratan una serie de consideraciones generales, tratando los diferentes conceptos que deben conocerse y tener en cuenta antes de comenzar con el estudio del sistema de custodia compartida.

El siguiente apartado hace referencia a las distintas cuestiones y factores que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de determinar un régimen u otro. Seguidamente se estudian los problemas que ocasionaría la mala relación

entre los progenitores, la influencia que ha generado la pandemia en la materia y el debate originado por la posible separación de los hermanos.

Para finalizar, se realiza un análisis de las ventajas e inconvenientes derivados de la elección del régimen de custodia compartida.

2. LA CUSTODIA COMPARTIDA

2.1. Concepto jurídico de custodia compartida

La custodia compartida aparece recogida en el Artículo 92 del Código Civil español. Esta, busca la distribución de la custodia de los hijos a ambos progenitores en términos de igualdad en desarrollo del crecimiento de sus hijos. Este mecanismo surge en los casos en los cuales los progenitores del menor o incapacitado deciden poner fin a su vínculo mediante la separación o el divorcio, y establecer un sistema equitativo de responsabilidades parentales.

En caso de que exista acuerdo entre los progenitores, la distribución de las funciones una vez finalizada la convivencia entre ambos progenitores, será más fácil, pero más problemática es la situación en la que ambos no se ponen de acuerdo.

Es necesario distinguir el concepto de custodia compartida del de patria potestad, y al no existir en nuestra legislación un concepto unitario de custodia y guarda, podemos acudir a diferentes concepciones. Por un lado, la Sentencia de 19 de octubre de 1983¹ define la guarda y la custodia como el deber de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, en este caso se entiende la guarda y la custodia como parte integrante de la patria potestad. Existe por otro lado una definición de custodia compartida elaborada por ²Campo Izquierdo, que es la siguiente *“derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día”*.

Por otro lado, podemos encontrar una definición de patria potestad en la ³Sentencia de 22 de mayo de 1993, que dice lo siguiente: *“un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad”*.

¹ STS (Sala 1ª). Sentencia de 19 de octubre de 1983. Considerando segundo: “la Patria Potestad comprende, entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones estas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia, objeto de la acción ventilada en este recurso, y si, de acuerdo con el art. 170 CC, antes citado, cabe la privación total o parcial de la Patria Potestad por sentencia, nada se opone a que por resolución judicial se acuerde, como hace la recurrida, la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante, del de potestad”. *Aranzadi RJ/1983/5333*.

² CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?, en *Diario la Ley*, número 7206, Sección Tribuna (2009),

³ STS (Sala 1ª). Sentencia de 22 de Mayo de 1993. FJ 4. *Aranzadi RJ/1993/3977*.

La ruptura matrimonial no exime de la patria potestad de ambos progenitores, pero sí de la guarda y custodia, ya que al finalizar la convivencia, son los padres quienes deben distribuirse el cuidado de los hijos. Es requisito indispensable para ejercer la guarda y custodia estar en posesión de la patria potestad, lo cual implica que la guarda y custodia forma parte de la patria potestad, tal y como sostiene RAGEL SÁNCHEZ⁴.

En la siguiente tabla, se recogen unos datos de custodia compartida en los cuales puede apreciarse una favorable evolución hacia una situación de igualdad, consecuencia del cambio social que se viene produciendo entre otras cosas gracias a la inserción de la mujer al mundo laboral, ya que antes eran muchas más las mujeres que dejaban de lado su vida profesional por quedarse en casa atendiendo el cuidado de esta y de los hijos.

Evolución estadísticas custodia compartida:⁵

	Custodia compartida	Custodia materna	Custodia paterna
2010	10,5 %		
2011	12,3 %	81,7 %	5,3 %
2012	14,6 %	79,6 %	3 %
2013	17,9 %	76,2 %	5,5 %
2014	21,2 %	73,1 %	5,3 %
2015	24,7 %	69,9 %	5,1 %
2016	28,3 %	66,2 %	5 %
2017	30,2 %	65 %	4,4 %
2018	33,8 %		

⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre 2001,

⁵ PEREZ CALVO, I., “Custodia exclusiva/custodia compartida. Custodia compartida: en el camino de la corresponsabilidad parental.” En *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, FERNÁNDEZ, Ma Begoña, et.al. (coord.), Dykinson, Madrid, 2019.

2.2. La protección del menor

La custodia compartida no debe ser entendida como un castigo para los progenitores, sino que debe prevalecer siempre el interés de el menor o menores afectados, por encima de los intereses de los padres y de los conflictos que les separen. El objetivo principal de la custodia compartida es que el menor mantenga el contacto con ambas figuras, tanto con la paterna como con la materna.

La figura de la custodia compartida debe estar liderada por el principio del interés superior del menor, en torno al cual deben adoptarse todas las decisiones judiciales. Para que el interés del menor se vea protegido deben analizarse los casos de forma individual, teniendo en cuenta múltiples factores.

El Tribunal Supremo se pronunció al respecto de este interés del menor en una ⁶Sentencia, la n^a 257/2014, de 29 de abril, en la cual se recogen los requisitos que deben ser tenidos en cuenta en relación con la custodia compartida y el interés favorable del menor.

Alguno de los parámetros aquí mencionados son: los deseos manifestados por los menores, el comportamiento del progenitor para con el menor con anterioridad a la crisis matrimonial...

Esta sentencia pone de manifiesto su posicionamiento a a favor del régimen de custodia compartida en relación con el interés del menor, si perjuicio de que en casos específicos lo mejor sea la custodia por un único progenitor, por lo que es imprescindible analizar la situación concreta

Al respecto de todo esto cabe destacar el Artículo. 159 del Código Civil, que dice que *“el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos”*.

La protección del menor es regulada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección del menor, la cual se encarga tanto de delimitar cual es el grado de actuación de la Administración Pública en estos casos, como de recoger los derechos y deberes de los menores.

⁶ STC (Sala 2^a) Sentencia n^o 257 de 1 de abril de 2014 (ECLI: ES: TS: 2014: 1457)

En esta ley, los menores son considerados como sujetos de derechos “activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.⁷

2.3. Breve recorrido histórico

Tradicionalmente, se atribuía la custodia a la figura materna, pero esto ha ido cambiando en las últimas décadas, como consecuencia de la inserción de la mujer al mundo laboral. El actual régimen de custodia compartida lo que busca es un reparto equitativo del cuidado del menor.

La primera vez que la custodia compartida se reguló por nuestro ordenamiento jurídico fue mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, relativa a las crisis matrimoniales. Lo que se pretendió con esta ley fue ⁸“*dar respuesta a un problema ya “crónico”, en la administración de justicia española, la agilidad en los procedimientos y el interés del ciudadano, que como explica la exposición de motivos de la ley, a lo largo de su articulado se establecen instrumentos sencillos, efectivos y adecuados a la realidad social a la que se aplican, en el caso de que se requieran la intervención de los Tribunales de justicia a través de cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria*”.

Pero, a pesar de que la figura fuese introducida por esta ley, esta deja en el aire los aspectos relativos a cómo debe llevarse a cabo este régimen en la práctica. Aspectos tales como los plazos de convivencia en los domicilios de cada uno de los progenitores, la prestación de los alimentos...

Como consecuencia de la falta de regulación, el régimen de custodia compartida se ha ido estableciendo atendiendo a los casos concretos, y tomando como referente la múltiple jurisprudencia existente al respecto.

Destaca la figura del fiscal en relación con el proceso de decisión de custodia compartida, ya que este se encarga de realizar las pruebas pertinentes para la averiguación de la situación más favorable para el menor, teniendo en cuenta las situaciones tanto

⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L. “La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor” en *Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, n.º1, 1999*, p.23

⁸BALMASEDA, Óscar Monje. La separación conyugal en la Ley 15/2005, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2015, no 7,

económicas, sociales e incluso psicológicas de cada progenitor. Otra cuestión importante a tener en cuenta es evitar la separación de los hermanos.

3. REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Lo que se pretende conseguir regulando la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico es la implicación de ambos progenitores, dejando de lado sus diferencias para velar por los intereses de sus hijos.

3.1. Evolución y reforma del código.

Es verdad que ya en la Constitución Española de 1978 (más concretamente en su artículo 39), se iba dando importancia a la protección de la familia y de los hijos, pero no fue hasta la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 15/2005 de 2 de julio que se reguló en nuestro ordenamiento el régimen de custodia.

Es verdad que con anterioridad a esta ley, en el año 1981 se elaboran una serie de leyes que introdujeron importantes cambios en relación con esta materia.

En primer lugar, la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, reconoció el derecho del que disponen los progenitores para relacionarse con sus hijos cuando estos aún fueran menores y la siguiente novedad que introdujo fue la del artículo 156 del Código Civil, relativa a la equiparación jurídica de los progenitores en cuanto a patria potestad.

El anteriormente citado Artículo 156 del Código Civil dispone que: “*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro*”.

La otra Ley promulgada este mismo año en materia de divorcio fue la Ley 30/1981, de 7 de julio. Esta ley vuelve a poner el foco en el interés del menor.

Pero, a pesar de las dos leyes anteriormente mencionadas, la custodia compartida como tal no gozó de regulación hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Esta ley lo que hace es recoger la posibilidad de adaptación de una custodia compartida en los casos de separación y divorcio, pero no se pronuncia al respecto de como debe esta llevarse a cabo en la práctica.

El Artículo 92 del Código Civil recoge tres supuestos en los que puede darse la custodia compartida:

Artículo 92.5 CC: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta del convenio regulador”*.⁹

Artículo 92.5 CC: *“(…) o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”*.

Artículo 92.8 CC: *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida”*

Según SOLÉ RESINA: *“Lo que nos llevaría a concluir que si los progenitores piden la custodia individual también se les podría conceder la compartida, porque no se les da cosa distinta de la que piden sino más, pero más que si se les deniega su petición”*.¹⁰

3.2.La regulación de la custodia compartida en los derechos forales

La mayoría de las comunidades autónomas de España se rigen por el derecho común en materia de custodia.

En este caso, debe aplicarse lo contenido en el artículo 92.5 del Código civil, que dice lo siguiente: *“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”*. Este artículo fue modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

⁹ BOE-A-1889-4763. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹⁰ Solé Resina, Judith. “La guarda y custodia tras la ruptura”. En Gete-Alonso, María del Carmen; Solé Resina, Judith. Custodia Compartida: Derechos de los hijos y de los padres. Primera Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2015.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una serie de comunidades autónomas que a lo largo de su historia han venido desarrollando y aplicando una legislación propia en esta materia. Estas comunidades que han desarrollado este derecho civil propio son las comunidades de Aragón, Cataluña, Valencia, Navarra y País Vasco. Los derechos forales contienen una regulación más dilatada que el derecho común en materia de custodia compartida.

La existencia de estas regulaciones forales supone un gran avance y numerosas ventajas, Pero también trae una serie de inconvenientes, ya que algunas llegan incluso a contradecir lo establecido en los artículos 92, 96 y 97 del Código civil. Otro problema es la extralimitación de competencia que se produce en Valencia.

Pero, la mayor de las desventajas es que dentro de una misma nación existen disparidad de regulaciones sobre una misma problemática, dando lugar a desigualdades y confusiones.

3.2.1. La custodia compartida en Aragón

En Aragón cabe destacar la importancia de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, la cual supuso una revolución, ya que imponía de manera preferente el sistema de custodia compartida.

El art 75.2 establece que *“La finalidad de esta sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo pretende que los hijos mantengas la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas”*.

Otro de los preceptos a destacar es el art.76:

“1. La ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar.

2. Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

3. En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos:

a) *Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.*

b) *Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares.*

4. El derecho del hijo menor a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, se rige por lo dispuesto en el artículo 6. 5. Los anteriores derechos se armonizarán de acuerdo con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor”.

El artículo 80 contempla la posibilidad de solicitud por parte de los progenitores al juez de que la guarda y custodia compartida sea ejercida tanto de forma única por uno solo de ellos, como de forma compartida, estableciendo para ambos casos una serie de derechos y obligaciones: *“En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.*

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de desigualdad.

Antes de adoptar su decisión, el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitor es que trate de obtener la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés del menor.

No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de otro progenitor o de los hijos, y se haya

dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

Y por último el 80.2: *“ el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

- a) *La edad de los hijos.*
- b) *El arraigo social y familiar de los hijos.*
- c) *La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- d) *La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- e) *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
- f) *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.*

Los artículos citados pertenecen al Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

El principal objetivo de esta regulación es fomentar las relaciones familiares y el hecho de que los progenitores sean capaces de llegar a un acuerdo, lo cual está respaldado por la correspondiente mediación familiar.

Tanto es así, que el propio preámbulo de este texto legal recoge lo siguiente acerca de la mediación familiar *“instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentelas tras la ruptura”.*

Aragón ha sido la primera comunidad en pronunciarse a favor de la custodia compartida como el régimen preferente a aplicar por las autoridades judiciales en caso de ausencia de acuerdo entre las partes.

A pesar de la potestad de la que dispone el juez en Aragón, debe prevalecer siempre el interés del menor en sus decisiones, tal y como establece el artículo 76.2 del Código aragonés: “*se adoptarán en atención al beneficio e interés de los mismos*”.

En último lugar, cabe destacar del Código del Derecho Foral de Aragón los arts. 81.1 y 82, que se encargan de regular por un lado las situaciones de falta de acuerdo entre los progenitores, y por otro la pensión de alimentos.

3.2.2.La custodia compartida en Cataluña

En Cataluña, al contar con un derecho civil propio en materia de separación o divorcio con hijos de por medio, se rigen por el Código Civil de Cataluña, el cual establece una serie de particularidades respecto del resto de España.

El Código Civil Catalán, al igual que el aragonés, se posiciona a favor de la custodia compartida.

Es de importancia aquí el Artículo 233.11 del Código Civil Catalán, el cual recoge los criterios y circunstancias que deben ser tenidos en cuenta al determinar el régimen de custodia. Tales criterios son:

“a) La vinculación afectiva entre los hijos e hijas y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las otras personas que conviven en los hogares respectivos.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos e hijas y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro con el fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos e hijas, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos e hijas antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

e) La opinión expresada por los hijos e hijas.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos e hijas y de los progenitores.”

El plan de parentalidad.

Cataluña elaboró un “plan de parentalidad”, el cual se recoge en el artículo 233-9 del Código Civil Catalán, buscando *“concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos”*.

Este plan es el medio en el que los progenitores dejan constancia de cómo van a ejercer las responsabilidades que se les atribuya, a qué es a lo que se compromete cada uno... El citado plan se introdujo mediante la promulgación del Libro II del Código Civil de Cataluña, cuyo Preámbulo establece lo siguiente:

“Toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. [...] Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.”

En el caso de que los progenitores no lograran llegar a un acuerdo en la elaboración de este plan, cuentan con la posibilidad de recurrir a la mediación familiar. Pero sin este plan no es posible proceder, respecto a lo cual se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona *“es un requisito de procedibilidad según ha declarado este tribunal en los AAP de 7 y 8 de febrero*

de 2012. Sin ese plan no puede darse curso a la pretensión de disolución del matrimonio y aprobación del convenio. Tal omisión debe comportar la nulidad de la sentencia y la retroacción de los autos al momento del informe del Ministerio Fiscal, para que las partes, en su vista, subsanen el defecto”.¹¹

¹¹ Sentencia nº160/2013 de 13 de marzo. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18a). España.

Criterios para establecer la guarda

En primer lugar, el juez deberá tener en cuenta el anteriormente citado plan de parentalidad, pero no basta con esto, sino que habrá que deberá atenerse también a los criterios enumerados en el artículo 233-11 del Código Civil Catalán, que son los siguientes:

a) *“La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.”* Esto se refiere a que además del vínculo existente entre los hijos y sus progenitores, debe tenerse también en cuenta la relación de los menores con el resto de personas que vayan a convivir con el progenitor, ya sea su pareja, los hijos de su pareja... La situación de una nueva pareja genera en ocasiones conflictos, pero en caso de que no estuvieran de acuerdo el progenitor y la nueva pareja, predomina siempre la postura del progenitor

b) *“La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.”* El bienestar de los hijos depende de varios factores, como son la situación económica del progenitor, la disposición de un domicilio fijo y propio y la salud del progenitor.

c) *“La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.”* El hecho de que los progenitores hayan decidido poner fin a su vida en pareja no tendría que repercutir en la necesaria comunicación que deben mantener en relación con la crianza de sus hijos, aunque desgraciadamente haya casos en los que esta comunicación sea nefasta.

d) *El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.* Con esto, lo que se pretende es alterar lo menos posible la rutina de la que gozaba el menor antes de la ruptura matrimonial, sin perjuicio de que la existencia de determinados cambios en los roles sean inevitables, como por ejemplo, que fuera el padre el que siempre preparaba la cena, no por ello será necesario que los hijos permanezcan todas las noches con el padre.

e) *“La opinión expresada por los hijos.”* Una vez más, destacar el interés del menor en la decisión del régimen a acordar, lo cual no quiere decir que sea este quien decida con quién va a quedarse, sino que tendrá que ser escuchado, pero siempre en función de la madurez y consciencia de este. Aquí es donde aparecen una de las diferencias entre el Código de Familia

y el Civil de Cataluña, ya que mientras el primero establece la edad de 12 años, el segundo no menciona ninguna edad mínima.

f) *“Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptado fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.”* Dependiendo siempre su eficacia de que favorezcan al menor.

g) *“La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores”.* En cuanto al domicilio, es importante por un lado que los de ambos progenitores no estén muy alejados, a poder ser que se encuentren en la misma ciudad, y por otro lado que los domicilios no se encuentren muy alejados de las localizaciones relevantes para la vida del menor, es decir, del colegio, de los lugares a los que acuda a actividades extraescolares, de los lugares de reunión con sus amigos...

En cuanto a los horarios de los progenitores, es importante adaptar el horario laboral de estos al cuidado de los menores, ya que si por ejemplo uno de ellos cuenta con un horario laboral nocturno, no tendrá disponibilidad para que los niños duerman con él entre semana.

3.2.3. La custodia compartida en Valencia

En cuanto a la comunidad Valenciana, cabe destacar la promulgación de la Ley Valenciana de Custodia compartida el 5 de mayo de 2011, la cual estableció que la regla general en los casos de separación y divorcio fuese la custodia compartida.

El párrafo octavo del Preámbulo de esta ley recoge lo siguiente: *“...Pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombre y mujer en las relaciones familiares”.*

El artículo 3 a) de esta ley define este régimen como *“...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 entre aquéllos o en su defecto por decisión judicial.”*

Esta regla general y preferencia por el régimen de custodia compartida se refleja en el artículo 5 de dicha ley, que dice lo siguiente: *“Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartir, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”*.

Por otro lado, en el apartado segundo del artículo 5 dispone que solamente cuando no sea posible la negociación y acuerdo entre los progenitores será cuando la solución sea adoptada por los jueces. Este mismo artículo establece en el apartado 3 cuales son los factores que deberá tener en cuenta la autoridad judicial a la hora de fijar el régimen:

“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 de 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) Cualquiera otra circunstancia relevante a estos efectos”.

La ley Valencia establece también que el uso de la vivienda familiar deberá atribuirse a uno u otro progenitores en base al interés del menor. Por otro lado, en cuanto a la pensión

alimenticia, en el artículo 7.4 de esta ley establece que se determinará *“en función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores”*.

Posteriormente, esta Ley 5/2011, de 1 de abril fue declarada nula por el Tribunal Constitucional, pero esto no afectó a las decisiones que se tomaron durante la vigencia de dicha ley, ya que de no ser así, esto iría en contra del principio de seguridad jurídica.

2.2.4. La custodia compartida en Navarra

En Navarra la custodia compartida se regula por la Ley Foral 2/2011, de 17 de mayo.

En esta ley, como en muchas otras, se pone el foco en el interés de los hijos, pero sin pronunciarse acerca de cuál es el régimen más favorable, dejando por ello un amplio margen de actuación a las autoridades judiciales.

4. CUESTIONES A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA COMPARTIDA

Para concretar el régimen de custodia es recomendable en primer lugar buscar asesoramiento legal por parte de un abogado experimentado en familia, y posteriormente y con la ayuda de este estudiar las distintas cuestiones que influyen en esta decisión, entre las cuales destacan:

4.1. Los tiempos.

El tema de los tiempos es uno de los aspectos más conflictivos a la hora de determinar los criterios que van a seguirse en la custodia compartida. No hay una regla única de reparto de los tiempos de estancia de los menores con sus progenitores, estas estancias pueden ser semanales, quincenales, mensuales...

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una ¹²sentencia de 17 de enero de 2019, en la cual establece que *“el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto de tiempos igualitario sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores”*.

En este sentido, el periodo de estancia con cada uno de los progenitores no tiene por qué ser de la misma extensión, pero sí que debe garantizar una cierta estabilidad. En la custodia compartida, para saber cual es el reparto de tiempo más recomendable es necesario atender a las circunstancias de cada familia.

Desde mi punto de vista, el sistema de una semana de alterne es más complicado ya que hacer que los hijos tengan que empaquetar sus cosas una vez por semana puede resultar cansado para ellos.

Considero más práctico el sistema de estar la mitad del mes, es decir, dos semanas en casa de cada uno de los progenitores, e incluso llegar a estar un mes en cada casa, para evitar estar haciendo maletas constantemente.

Uno de los factores principales a tener en cuenta en los tiempos es la edad del menor, ya que en caso de que los menores estuvieran en periodo de lactancia complica mucho más estas alternancias. A medida que el menor crece lo hace también su facilidad para desplazarse a casa de uno u otro progenitor.

Aquí habría que tener en cuenta nuevamente la voluntad de los hijos, ya que en periodo lectivo puede que prefiera estar en casa de aquel progenitor que viva más cerca de la escuela o universidad.

Un asunto muy controversial en relación con el reparto de los días más señalados del calendario, como Navidad, el Día de Reyes, Nochebuena... lo ideal en estos casos sería que los progenitores realizasen un reparto de su custodia en estas fechas el primer año, y que esta organización sea la que se mantenga para el resto de años, para evitar así futuros conflictos.

¹² Sentencia de 17 de enero de 2019 del Tribunal Supremo

No cabe duda de que cuanto más acotados estén los plazos de custodia, menos, menos margen habrá de discusión entre los progenitores, ya que si ninguno tiene posibilidad de elegir no hay lugar a conflicto.

4.2. Gastos.

Los padres tienen un ¹³ “deber unilateral de criar y educar a los hijos menores, deber que se mantiene tras la ruptura de la convivencia de los padres debidamente adaptado al tipo de guarda y custodia que se establezca y que no se extingue aunque alguno de los padres (o ambos) forme pareja estable o contraiga nuevo matrimonio con un tercero”.

Uno de los aspectos más controversiales en materia de custodia compartida es la organización de la economía.

En primer lugar, hay que distinguir los gastos ordinarios de los extraordinarios. Los gastos ordinarios son aquellos incluidos en la pensión de alimentos, es decir, la comida, la ropa, el colegio, el uniforme del colegio, el seguro escolar...

Mientras que los gastos extraordinarios son producidos con menor frecuencia. Existen diversos métodos para repartir estos gastos:

- a) Que uno de los progenitores se haga cargo de todo y haga traslado de estos gastos al otro.
- b) Ingresar la misma cantidad de dinero en una cuenta corriente común.
- c) Establecer un pacto que obligue al progenitor que obtiene mayores ingresos a transferir al otro una pensión de alimentos para la cobertura de los gastos ordinarios, los fijos.

En caso de que uno de los progenitores no abone lo que le corresponda siempre se puede solicitar la ejecución de la Sentencia en el Juzgado.

¹³GARCÍA, José Antonio Serrano. La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2014, no 35, .

Para la elección de uno u otro método de reparto de los gastos es aconsejable valorar la relación existente entre los progenitores, y en caso de que esta no fuese muy favorable, la opción de la cuenta bancaria conjunta sería desde mi punto de vista la más eficaz.

Es un error frecuente pensar que con el establecimiento del régimen de custodia compartida desaparece la obligación de la pensión de alimentos. Al respecto se pronunció una Sentencia de 11 de febrero de 2016¹⁴, la cual decía lo siguiente: *“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno art.146 C.Civil, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los percibe, pero también al caudal o medios de quien los da.”*

Cabe también destacar al respecto de esto lo establecido por el artículo 145 del Código Civil Español, que dice: *“Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”*.

También se pronuncia sobre esto el Código Civil de Cataluña en su artículo 233-10.3: *“La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente”*.

El aspecto de mayor importancia a la hora de establecer el reparto de los gastos es la capacidad económica de cada progenitor, ya que en caso de que hubiese un desnivel en esta capacidad económica, lo más favorable sería acordar una pensión alimenticia compensatoria de dicho desequilibrio.

4.3. La pensión alimenticia

Los alimentos son definidos por el Código Civil en su artículo 142 como *“Todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado*

¹⁴ STC de 11 de febrero de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:498)

su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”

En cuanto a su carácter obligatorio, ¹⁵ *“la obligación de prestar alimentos a los hijos es inherente a la paternidad y maternidad, es una materia de ius cogens y, en consecuencias, no disponible por las partes”*.

En relación con este tema pueden darse situaciones diversas, ya que no es lo mismo que la custodia sea llevada a cabo por uno solo de los progenitores a que sea compartida, los gastos que suponen para los padres el mantenimiento y cuidado de sus hijos van a ser iguales en ambas situaciones.

El primer caso, en la custodia unilateral no plantea tantos problemas, ya que aquí es evidente la obligación de la otra parte que no ejerce la custodia de abonar la pensión correspondiente, pero más problemática es la situación en la que los descendientes reparten sus tiempos bajo la custodia de ambos.

En Código Civil arroja algo de luz a esta zona gris del derecho, estableciendo en su Artículo 146 que *“la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da o necesidades de quien los recibe”*.

La solución más frecuentemente adoptada es la del reparto proporcional, consistente en la apertura de una cuenta bancaria común a la que ambos progenitores aportan de forma periódica un cantidad previamente acordada. Un ejemplo de esto lo encontramos en una Sentencia de 22 de junio de 2007 del Juzgado de primera Instancia de Murcia que dice lo siguiente ¹⁶ *“el cónyuge que no tenga en el momento la custodia y guarda debe abonar la cantidad de 150 euros para alimentos de cada uno de los hijos (...) y respecto de los gastos extraordinarios (...) será abonados al 50% (...)”*.

Este sistema proporcional busca una solución equitativa y prolongable en el tiempo, para abordar desde un principio la problemática y darle una solución favorable a todos, la cual pueda mantenerse en el tiempo evitando la aparición de futuros posibles conflictos.

¹⁵ DELGADO DEL RÍO, Gregorio. *La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

¹⁶ Sentencia de 22 de Junio de 2007, Juzgado de Primera Instancia de Murcia (ECLI: ES:TS:2007:5830)

En el caso de que la situación de ambos progenitores sea muy desigual, podrá llevarse a cabo la fijación de una pensión de alimentos por parte del cónyuge con mayores recursos.

Puede darse también la situación de que no haya nada oficialmente acordado y que los cónyuges mantengan a sus hijos el tiempo que se encuentren bajo su custodia, y cuando este turno acaba y pasa a estar otros días con el otro, será este otro quien se haga cargo de la totalidad de los gastos.

Las opciones aquí son múltiples, al no haber una regulación estricta al respecto, y al existir tantas posibilidades y posibles situaciones como familias hayan. Puede suceder que los progenitores lleguen a un acuerdo sin necesidad de intervención judicial, pero en muchas ocasiones es necesaria la intervención de la justicia

En aquellas situaciones en las que la custodia sea compartida, lo normal es que no exista una pensión, ya que los progenitores afrontarán los alimentos del menor durante el periodo en el que este conviva con ellos. Al respecto de esto se pronunció el Tribunal Supremo:¹⁷ “ *No se fijará pensión de alimentos para las hijas dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención y vestido durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios derivados de la educación de Valentina y Verónica (gastos por actividades extraescolares, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos) deben ser satisfechos al cincuenta por ciento por ambos progenitores*”.

Lo que viene a decir esta sentencia, es que, los gastos ordinarios serán satisfechos por el progenitor bajo cuya custodia se encuentre el menor en el momento en el que se produzcan, mientras que para los gastos extraordinarios sería conveniente establecer un sistema de reparto atendiendo a su capacidad económica.

4.4. Factores de atribución de la guarda

A pesar de que el régimen de custodia compartida debería ser considerado como el deseable, deben estudiarse los casos de forma individual teniendo en cuenta una serie de factores:

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 630/2018 de 13 de noviembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi.

Localización del domicilio.

La localización del domicilio es uno de los factores más relevantes a tener en cuenta debido a evitar un exceso de traslado, ya que en ocasiones las horas de descanso del menor podrían verse afectadas cuando residiese con el progenitor más alejado de su centro escolar¹⁸. Al respecto de ello se pronunció el Tribunal Supremo en la ¹⁹Sentencia de 18 de enero de 2018, en la cual negaba la custodia. Uno de los progenitores por residir en dos comunidades autónomas muy distanciadas, Andalucía y País Vasco más concretamente.

Nivel de implicación de los padres con los hijos antes del divorcio o separación.

La relación existente entre los progenitores los menores es de gran relevancia a la hora de decidir el régimen de guarda más propicio.²⁰

El hecho de que sean hijos únicos o que tengan hermanos

Lo que suele intentarse generalmente es evitar la separación de ambos hermanos, estableciendo así el mismo régimen para todos los menores.

Relación personal del menor y nivel de dependencia con cada progenitor.

Para llegar a una conclusión en esta materia es recomendable analizar las rutinas que llevan los menores y el nivel de implicación de cada uno de los progenitores e dichas rutinas.

Es decir, ver quién suele llevarle tanto al colegio, como a actividades extraescolares, como a la peluquería, al médico...

Aunque los hijos tengan mayor relación con uno que con el otro, no será este emotivo de denegación de la custodia compartida, han de tenerse en cuenta para ello más circunstancias.

¹⁸ FRÍAS RODRÍGUEZ, I., “Guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Julio-Diciembre 2016, .

¹⁹ STS de 18 de enero de 2018 del Tribunal Supremo. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial.

²⁰ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p.76.

El hecho de que alguno de los progenitores haya sido previamente condenado por violencia doméstica o de género, tanto hacia los hijos como hacia su ex pareja.

En estos casos, jamás le será concedida la custodia compartida a quien haya sido condenado por alguno de estos delitos o simplemente basta con que haya sido involucrado en uno de estos procedimientos.

Horario laboral de progenitor y disponibilidad de atender las necesidades de sus Hijos.

Antes, la custodia solía atribuirse a la madre ya que era la que solía cuidar del hogar y no trabajar, pero, a raíz de la incorporación de la mujer al mundo laboral, esto ha dado un vuelco.

Para acabar con este problema, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, promueve una serie de medidas que están orientadas a conciliar la vida familiar y la laboral.

Cabe destacar al respecto la ²¹Sentencia 30/2019 de 17 de enero, que dice lo siguiente:

“Se considera que el régimen de guarda y custodia compartida resulta ser el más adecuado, pues los progenitores residen en domicilios próximos en la misma localidad, los dos cuentan con el apoyo de sus familias extensas, poseen buenas capacidades parentales, habiendo estado ambos implicados en la crianza y educación de los menores y cuentan entre ambos de un entendimiento mínimamente razonable”.

4.4.1.El interés del menor.

A pesar de existir diversos factores a tener en cuenta a la hora de dictaminar el régimen de guarda y custodia, el factor más relevante es siempre el interés del menor, el cual prevalece incluso por encima del de sus progenitores. Al respecto se pronunció LATHROP GÓMEZ, sosteniendo que ²²“España recogió el principio del interés superior del menor fundamentando

²¹STS 17 de enero de 2019 (ECLI: ES: 2019:50)

²² Lathrop Gómez, Fabiola. Custodia compartida de los hijos. Op. Cit. Páginas 114-117.

su desarrollo como consecuencia y concreción de las normas constitucionales sobre protección integral de la familia y la infancia, específicamente, el artículo 39.2, 3 y 4 de la Constitución Española”.

Esto aparece recogido en el Artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que dice lo siguiente: *“primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.*

Los menores son sujetos de derechos ²³*“activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.*

El problema a la hora de determinar el interés del menor es que no es un concepto acotado jurídicamente. Existe una discusión al respecto de en qué consiste el interés del menor, ya que mientras unos consideran que es el propio menor quien debe pronunciarse en función a sus preferencias, otros contemplan que debe ponerse el foco en su educación. Esta segunda tendencia es la seguida por RIVERO HERNÁNDEZ.²⁴

En la mayoría de casos es muy difícil determinar cual es el interés del menor, por lo que sería el Juez quien debiera analizarlo valorando los casos individualmente.

4.4.2. Su edad

A pesar de que no exista una edad mínima legal para la custodia compartida, sí es verdad que en aquellos casos en los que los hijos tengan doce o más años, se opta por tener e cuenta la opinión de los mismos a la hora de determinar el régimen de custodia.

Para ello, se realizarán una serie de pruebas psicológicas y de exploraciones a dicho menor para llegar a una conclusión.

Cuando el menor sea un bebé suele ser a la madre a quien se le atribuya la custodia por razones obvias, como la lactancia.

²³ REBOLLEDO VARELA, A.L. “La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor” en Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de presentación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, nº 1, 1999, p.23

²⁴ Rivero Hernández, F., El derecho de visita, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, P. 159.

Es aquí de relevancia la ²⁵Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de julio de 1998, la cual atribuye en exclusiva la guarda y custodia a la madre, más concretamente, esta sentencia dice lo siguiente: *“En virtud de la edad de las hijas (7 y 5 años) deben permanecer co su madre, debido a la especial relación que los más pequeños suelen tener con su madre a través del amamamiento, primeros cuidados de higiene, así como mayor atención en el vestido o aseo”*.²⁶

4.5. Casos en los que puede negarse la custodia compartida

A pesar de ser considerada con carácter general la opción más favorable para todos los miembros de la familia, hay casos en los cuales puede negarse el régimen de custodia compartida con el objetivo de velar por el bienestar y estabilidad de los menores, lo cual adquiere aún mayor importancia en el periodo de infancia.²⁷

También puede suceder que un tiempo después de conceder la custodia compartida surjan una serie de problemas que dificulten su práctica, como la lejanía entre los hogares de los padres ²⁸, que en ambos entornos familiares se contradigan los valores y reglas educativas²⁹, que los menores soliciten cesar con el régimen de custodia ³⁰

Otro de los factores por los que puede denegarse la custodia compartida aparece recogido en el Artículo 92.7 del Código Civil, *“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. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”* negando esta a aquellos inmersos en un proceso penal relacionado con un atentado contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad, contra la integridad moral o contra la indemnidad sexual del otro progenitor o de los menores.

²⁵ STC Audiencia Provincial de Castellón de 14 de julio de 1998 (ECLI: ES: APCS: 1998)

²⁶ Bermúdez Ballesteros, M^a del S., op. Cit, P.9.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4^a) de 26 de enero de 2004 (JUR 2004/70451).

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 1999 (DER 1999/17761)

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10^a) de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/93800).

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24^a) de 17 de mayo del 2002 (JUR 2002/222795)

Este artículo también recoge la prohibición en aquellos casos en que uno de los progenitores tuviera problemas con las drogas o con el alcohol o padeciese de alguna enfermedad mental que no le permitiese actuar diligentemente.

El hecho de que uno de los progenitores se haya comportado adecuadamente bien durante el transcurso de la relación matrimonial o después de esta, no excluye de que en cualquier momento se le pueda negar la custodia de los menores por alguno de los factores anteriormente citados.

Esto está relacionado con el aspecto más relevante en esta materia, que es, como he mencionado a lo largo de todo el trabajo, el interés del menor.

Pero, la custodia compartida no siempre es posible, ya que ³¹ “*no todas las familias son susceptibles de tener relaciones armónicas entre ellos tras la ruptura.*”

4.6. Incumplimiento de la custodia compartida

El incumplimiento de la custodia compartida puede ser analizado desde dos puntos de vista:

- Incumplimiento de la custodia compartida en el ámbito civil.

En el ámbito civil, el incumplimiento de la custodia compartida fue despenalizado con la reforma del Código Penal de 2015.

Aquí, cabe destacar lo dicho por el artículo 622 del Código Penal: “(...) *Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses (...)*”

Otro de los artículo derogados a destacar es el 618.2 del Código Penal, que decía lo siguiente: “(...) *El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación lega, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio,*

³¹CATALÁN FRÍAS, María Jose, et al. La custodia compartida. *Revista derecho y criminología*, 2011, no 1.

proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días (...)”.

Uno de los ejemplos más comunes de incumplimiento de la custodia es la entrega con retraso del hijo por parte de un progenitor al otro.

Aquí es importante entrar a valorar la gravedad del asunto, ya que no es lo mismo que el retraso en la entrega de los hijos sea de dos horas a que sea de dos días. La evaluación de la gravedad en cada caso le corresponde al juez.

En los casos en los que el incumplimiento sea considerado lo suficientemente grave por la parte que lo sufre, lo más recomendable sería acudir a la herramienta de la demanda civil.

- Incumplimiento de la custodia compartida en el ámbito penal.

Para que el incumplimiento de la custodia sea considerado de carácter penal, esta no entrega de hijo debe incurrir en un quebrantamiento de sentencia o de convenio regulador.

Al respecto, el Código Penal establece lo siguiente en su Artículo 223: “(...) *El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave (...)*”

Este ya no es el caso de una entrega con retraso del hijo, sino de una negativa por parte de un progenitor de entregarle al otro su hijo. Aquí sí que se estaría incurriendo en un delito, y el progenitor afectado podría interponer la correspondiente denuncia alegando incumplimiento de la custodia compartida.

Pero, como es lógico, no todo incumplimiento de custodia es considerado penal, y por ello se pronunció al respecto la Audiencia Provincial de Madrid en las ³²sentencia 304/2015 y 654/2015, estableciendo en ellas los parámetros delimitados del incumplimiento penal de la custodia compartida.

³² Sentencia 304/2015 y 654/2015 Audiencia Provincial de Madrid (ES: APM: 2015: 14380)

Los parámetros establecidos por la Audiencia son los siguientes:

1. Que la obligación incumplida hubiese sido impuesta en un procedimiento matrimonial o de filiación
2. Que las obligaciones familiares incumplidas fueran graves, es decir, relevantes desde el punto de vista penal

Al respecto se pronunció también la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando en una ³³ Sentencia de 21 de abril de 2008 consideró que para que una conducta de incumplimiento fuese incluida en el ámbito penal, debe violar el derecho del otro progenitor a ejercer su custodia, por ejemplo negándole ver a su hijo.

En definitiva, para que el incumplimiento de custodia sea relevante penalmente, no debe ser parcial, sino completo y grave.

Concretamente, la negación de entregar al hijo sin mediar causa alguna sería causa constitutiva de un delito del Artículo 223: *“El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave”*.

4.7. La herramienta de la mediación: la figura del mediador

Podemos definir la mediación familiar como ³⁴ *“un proceso no adversarial y extrajudicial de resolución de conflictos, donde las partes alcanzan un acuerdo satisfactorio a través de la ayuda de una persona mediadora que será la encargada de conducir el proceso de comunicación entre las partes”*.

El instrumento de la mediación puede ser de gran utilidad en aquellos casos en que los padres tengan dificultades para llegar a un acuerdo, dejando de un lado sus intereses personales para poner la prioridad en el interés común, los hijos.

³³ Sentencia de 21 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI: ES: APCA: 2008: 139)

³⁴ MEDINA-SUÁREZ, Isabel. Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias. *Apuntes de psicología*, 2016, vol. 34, no 2-3-

El papel del mediador es precisamente que los progenitores abandonen sus discrepancias y poner en el foco el destino de los menores. Gracias a dicha figura, las dos personas que se separan podrán decidir por sí mismos sin necesidad de acudir a una autoridad judicial que decida por ellos.

La mediación cobra tanta relevancia en este aspecto debido a que la forma de organizar los tiempos de custodia es muy diversa, y para ello es necesario el acuerdo y entendimiento de ambas partes implicadas.

Ventajas de la mediación frente a la vía judicial

El hecho de tener que llegar a un tribunal para encontrar una solución provoca en numerosas ocasiones situaciones de tensión y descontento por ambas partes. A esto se suma la problemática actual de saturación de los tribunales de justicia, lo cual provoca una ralentización del proceso de separación, generando aún más incertidumbre y dolor del ya existente.

Con la mediación, lo que se pretende es evitar tener que acudir a los tribunales y así colaborar con la descongestión de la justicia. Además de la ventaja de la velocidad, el sistema de la mediación resulta más favorable económicamente, factor a tener en cuenta.

Además, al ser el mediador una herramienta y un puente entre ambas partes, hace que las opciones sean mayores y que por lo tanto sea un método más flexible, con soluciones que se ajusten a cada situación.

Por otro lado, el hecho de que las partes hagan el esfuerzo de llegar a un acuerdo ayudados de la figura del mediador, hace que la comunicación entre ambos mejore, haciendo de una situación complicada algo más ameno.

En Cataluña, la mediación tiene que tener lugar de forma obligatoria en el caso de que se haya pactado de forma expresa, lo cual aparece recogido en el artículo 233.6 del Código Civil Catalán, que dice lo siguiente:

“ 1. La sumisión a la mediación es obligatoria antes de la presentación de acciones judiciales si se ha pactado expresamente.

2. Los cónyuges, antes de presentar la demanda, en cualquier fase del proceso judicial y en cualquier

instancia, pueden someter las discrepancias a mediación en vistas a alcanzar un acuerdo, excepto en los casos de violencia familiar o machista [...]”.

Es decir, lo que se pretende en Cataluña es fomentar la mediación en la guarda y custodia, ya que quienes pueden dar la mejor solución a estos problemas son los mismos padres.

4.8. ¿Puede imponerse la custodia compartida?

En caso de que ninguno de los progenitores la solicite, la custodia compartida no podrá ser impuesta de oficio por el juez.

Mayor es el problema cuando uno de los cónyuges desea la custodia y el otro por el contrario no está de acuerdo.

En relación a este tema, cabe destacar una sentencia emitida como respuesta a una madre que solicitaba la custodia compartida a su ex pareja para así poder ella incorporarse al trabajo.

Esta es la ³⁵Sentencia 55/2019 de 11 de julio de 2019, emitida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° de Leganés, la cual dictamina la necesidad de la implicación del padre en la custodia para defender el derecho de la madre y su deseo de incorporarse al mercado laboral.

Al no existir una normativa al respecto de esta posible imposición, las resoluciones emitidas sobre ello son muy cambiantes y variadas en función de las circunstancias particulares de cada caso, siendo el Juez quien tuviese una vez más que valorar todo esto.

Otra sentencia que es preciso destacar aquí es la ³⁶Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 2 de enero de 2018 (61/2018) la cual concedía la custodia compartida solicitada por la madre, a pesar de la negativa del padre, basándose en la supremacía del interés de los menores.

³⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 55/2019 de 11 de julio de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:55)

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 2 de enero de 2018 (ECLI: ES: APCO:2018:1)

Por todo ello, podemos concluir que para que la custodia compartida sea impuesta no es ni mucho menos necesario el mutuo acuerdo de ambos progenitores, sino que basta con que sea solicitada por uno de ellos.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, en el Artículo 92.8 CC se recoge un caso en el cual sí puede acordarse la custodia compartida sin acuerdo de los padres, este artículo dice lo siguiente: “*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*”.

Esta custodia compartida impositiva la introdujo la reforma del Código Civil elaborada por la ley 15/2005 de 8 de julio, al respecto de lo cual se pronunció el Tribunal Constitucional.³⁷

5. PROBLEMAS OCASIONADOS DE LA MALA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES Y LA FALTA DE COORDINACIÓN

La falta de acuerdo de los padres es desafortunadamente algo muy frecuente en las situaciones de separación o divorcio, siendo el menor quien padece las consecuencias del conflicto que aquí surge.

En el artículo 92.8 del Código Civil se contiene la solución para los casos en los que los padres no se pongan de acuerdo, y la solución aquí propuesta es la determinación por un Juez, a propuesta de uno de los progenitores, del régimen de custodia compartida.

Artículo 92.8 Código Civil “*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 del Ministerio fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”.

³⁷ STC 100/1987 del Tribunal Constitucional de 28 de enero (ECLI: ES: TC: 1987: 100A)

Cabe destacar aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013³⁸, que califica como normal e incluso deseable la intervención judicial en estos casos: *“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”*.

Para poder tomar la decisión correcta, el juez debe tener en cuenta una serie de factores, acerca de las cuales se pronuncia el Tribunal Supremo en la anteriormente citada sentencia de 29 de abril de 2013. Algunos los motivos a tener en cuenta son:

- El número de hijos
- El comportamiento de los padres con sus hijos en la situación anterior a la de separación o divorcio
- El deseo manifestado por los hijos

Hay otra sentencia del tribunal supremo en relación a la relación Entre los progenitores, la cual defiende la custodia compartida por encima de la posible mala relación.

Esta es la ³⁹ Sentencia 43/2018 del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2018 que dice que *“la búsqueda de enfrentamiento personal entre ambos cónyuges ni puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guardia compartida, en cuanto perjudica al interés superior del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores; sistema que como ha recordado esta sala, a partir de la sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable”*.

La mala relación entre los progenitores es judicialmente irrelevante, tal y de ello se dejó constancia en la ⁴⁰ Sentencia 762/2013 de 17 de diciembre, en la cual el Tribunal Supremo se pronunció declarando que la custodia compartida no puede negarse a uno de los progenitores basándose en esta mala relación.

³⁸- STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013: 564)

Sentencia 43/2018 del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2018

⁴⁰ STS 762/2013 del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre (ECLI: ES: TS: 2013: 5966)

Para que una guarda compartida sea denegada no bastará entonces con la mala relación entre los progenitores, sino que será necesario que afecte de forma negativa al interés del menor.

Por todo ello, no se requiere para establecer un régimen de custodia compartida que los progenitores tengan buena relación, pero sí es favorable que no sea una relación tan mala que llegue a afectar a los hijos.

En definitiva, que los progenitores no mantengan una relación idílica tras una ruptura es algo de lo más normal, pero el problema viene cuando la relación es tan mala que afecta de forma negativa al desarrollo de sus hijos, llegándoles a provocar problemas de ansiedad y depresión.

Es bien sabido que el hecho de provocar a la ex pareja puede llegar incluso a ser una estrategia utilizada para sacarle de quicio y así desestabilizarle de cara a un posible juicio, pero lo cierto es que esto no suele influir en el establecimiento del régimen de custodia compartida.

La custodia compartida va a seguir adelante con o sin el visto bueno de los cónyuges, así que lo ideal sería que dentro de lo posible la relación entre ambos fuese lo más cordial posible, por el bien de sus hijos.

6. INFLUENCIA DE LA PANDEMIA Y GESTIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA DURANTE ESTA

Aquí entran en conflicto varias cuestiones, entre las que destaca ¿Cómo pueden recuperar los padres el tiempo que no han pasado con sus hijos a causa de la pandemia?

Al respecto de esto se elaboró el Real Decreto ley 16/2020, de 28 de abril, el cual crea un proceso especial y sumario de acuerdo con la solicitud de la compensación de los días “perdidos” como consecuencia del covid-19.

La mayoría de padres ha respetado los turnos de custodia durante el transcurso de la pandemia, pero sí es verdad que en aquellos casos en los que la custodia la ostenta un solo

progenitor se han dado muchos casos de incumplimiento del régimen de visitas por parte del otro.

Estas situaciones son más complicadas cuando no existe una orden judicial que obligue a ambas partes a cumplir con lo que les es encomendado.

Otro de los problemas que surgieron como consecuencia de la pandemia fue que como consecuencia de los ERTES y situación precaria de los autónomos uno de los progenitores no puede cumplir con la pensión de alimentos establecida judicialmente. En estos casos, el perjudicado cuenta con la herramienta de demanda de modificación de las medidas, buscando una adaptación de estas a su nueva situación económica.

Por lo tanto, la escasez de medios por parte de uno de los progenitores para hacer frente a la pensión por alimentos no exige la misma, sino que lo que podrá hacerse será una solicitud de modificación de medidas.

En aquellos casos en los que uno de los progenitores diese positivo en la enfermedad, habría que poner de nuevo por encima de todo el interés del menor y su salud, por tanto, en estos casos se justifica que el otro progenitor se apropie de la custodia para proteger al menor, al encontrarnos ante una situación de fuerza mayor.

En caso de que ambos progenitores atravesaran la enfermedad al mismo tiempo, los menores se pondrán a cargo de otros familiares o en caso de que fuera necesario, acudir a instituciones públicas encargadas del cuidado de menores.

En el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se trata este problema, permitiendo transitar por la vía pública a personas que tengan como objeto el cuidado y asistencia de menores, por lo que está permitido trasladar a los menores de un domicilio a otro con el objetivo de cumplir con la custodia compartida.

En el citado decreto se da también solución a la duda surgida sobre cuándo deberán quedarse en casa los niños o cuándo será necesario que se trasladen. Más concretamente, es el artículo 7.1, e) el que trata esto estableciendo que *“durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con*

discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.”

En estos casos, bastaría con que uno de los progenitores mostrase al policía la acreditación pertinente para poder desplazarse por la vía pública durante el periodo de cuarentena.

7. EL DEBATE ORIGINADO POR LA POSIBLE SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS

Uno de los principales factores que tiene en cuenta los jueces a la hora de determinar el régimen de custodia es evitar la separación de los hermanos.

Al respecto se pronunció el Tribunal Supremo en la siguiente sentencia, la 530/2015, de 25 de Septiembre de 2015, que dice: *“La no separación de hermanos en la atribución de la Guarda y custodia es un principio que debe regir las medidas adoptadas por el tribunal pero no opera como imperativo legal, ya que el interés del menor debe valorarse en función de las necesidades afectivas de los hijos pero también en función de otras circunstancias materiales, sociales y culturales”*⁴¹

En primer lugar, aclarar que la no separación se refiere a los hermanos de doble vínculo, excluyendo a los “medios hermanos”. Al respecto se pronunció la ⁴²Sentencia 199/2014 de 30 de mayo de 2014, emitida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona.

En relación a esto es muy importante atender a la voluntad del menor en caso de que este fuera capaz y contase con la madurez suficiente para expresarse.

Los juzgados, parten de la no separación de los hermanos, pero para determinar cual será el procedimiento a seguir, se tienen en cuenta una serie de factores como: la edad de los hermanos, la relación entre ellos...

⁴¹ Sentencia 530/2015, 25 de Septiembre de 2015. (ES: TS:2015:3890)

⁴² Sentencia 199/2014, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 30 de mayo de 2014 (ES: APV:2014:3824)

Es cierto que no existe una verdad absoluta ni una solución única a este problema, pero lo más favorable suele ser la no separación de los hermanos, sin perjuicio de que existan ocasiones en las que los propios hermanos manifiesten su voluntad de separarse, en situaciones por ejemplo de conflicto entre ellos, o porque no quieran dejar solos a ninguno de los progenitores y prefieran alternarse.

La conveniencia de que los hermanos permanezcan unidos se recoge en el Artículo 92.4 CC, que dice lo siguiente: “*Procurar no separar a los hermanos*”.

Hay numerosas sentencias que se pronuncian a favor de la no separación de los hermanos, entre las que destaca la modificación realizada en 2016 en la Audiencia Provincial de Córdoba, modificando la custodia en favor del régimen compartido para la no separación de los hermanos.⁴³

8. VENTAJAS E INCONVENIENTES DERIVADOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida es considerada como el régimen más favorable, ya que permite que ambos padres puedan seguir disfrutando y ejerciendo la paternidad, al respecto se ha pronunciado incluso el Alto Tribunal declarando que la custodia compartida no debe ser entendida como una medida excepcional, sino que se conciba como el sistema preferente.

Pero, a pesar de todo esto, la custodia compartida puede producir efectos contraproducentes, por lo que hay que estudiar cada caso antes de decidir el régimen a seguir.

Ventajas

1. La principal ventaja de la custodia compartida es la consecuencia de una situación lo más parecida posible a la anterior a la separación o divorcio, es decir, que el menor vea su rutina lo menos alterada posible. Esto es defendido por autores como LANNY o POUSSIN, que dan importancia a la relación del menor con ambos progenitores considerándolo necesario para su correcto desarrollo, declaran que: “Es

⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), núm. 574/2016 de 7 de noviembre. Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2017/21254

imposible mantener un jardín si solo se riega la mitad de él”.⁴⁴ La alternancia de ambos progenitores es necesaria también para que el menor no sea privado de relacionarse con los abuelos de ninguna de las partes.⁴⁵

2. Otra de las ventajas destacables es que el hecho de que el reparto de responsabilidades entre ambos progenitores sea similar reduce la posibilidad de que surjan conflictos entre ellos.

3. El hecho de que pueda obligar a los progenitores a mantener un cierto contacto hace que se vean obligados a mantener una relación cordial, lo cual es siempre lo mejor tanto para ellos, como para sus hijos.

4. Será también favorable el régimen de la custodia compartida de cara a que los menores conserven su derecho a relacionarse con ambos progenitores por igual. Esto se regula en el artículo 9.3 de la convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.⁴⁶ El hecho de que los menores se relacionen con ambos progenitores les ayuda a conocer dos formas de vida, lo cual ayuda a que se sientan educados por ambos progenitores.

5. Por último, el hecho de que la custodia de los hijos sea compartida ayuda a que no aparezca la figura de un “progenitor bueno” y un “progenitor malo”, y que a menudo cuando una persona se separa tiende a hablar mal de la que solía ser su pareja, y si los hijos mantienen el contacto con ambos, evitan que uno de los progenitores describa al otro como el malo o le culpe de desatender a sus hijos.

6. Menor nivel de conflictividad de los progenitores en sus relaciones.

Por todo esto son muchos los jueces que se han posicionado a favor del régimen de custodia compartida, incluyendo al Tribunal Supremo, que califica la custodia compartida como el “*régimen normal y deseable*”.

⁴⁴ Poussin, G. Y Lamy, A., P.41.

⁴⁵ Chaparro Matamoros, P., “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, 2015.

⁴⁶ Guilarte Martín - Calero, C., “La custodia compartida alternativa”, InDret, 2008.

El Tribunal Supremo ha mostrado su preferencia en relación con este sistema en numerosas resoluciones, entre ellas en la Sentencia del 12/05/2017, que califica al sistema de guarda y custodia impartida como bondadoso.⁴⁷

Inconvenientes

A pesar de que aparentemente la opinión de la mayoría es favorable en relación con la custodia compartida, existen una serie de factores y posiciones que califican a esta de perjudicial.

1. El principal inconveniente aquí es la posible inestabilidad en la vida del menor fruto de los cambios de la casa del padre a la de la madre.⁴⁸

2. El hecho de tener que los menores tengan que adaptarse a dos rutinas diferentes puede resultar pesado para ellos, ya que cuando ya se han acostumbrado al ritmo de vida de uno de sus progenitores, le toca irse con el otro y adaptarse nuevamente a otra rutina y estilo de vida, los cuales pueden llegar a ser muy variados.

3. El hecho de que haya custodia compartida hace que los progenitores tengan que vivir en la misma localidad, o por lo menos relativamente cerca, y esto puede suponer una desventaja para ellos.

4. Otra desventaja es que ambos progenitores deben tener establecidas una serie de reglas en cuanto a las pautas educativas, ya que hay cuestiones fundamentales en la educación de los hijos en las que podrían estar en desacuerdo y esto puede llegar a generar conflictos. Estas cuestiones objeto de conflicto son por ejemplo, las horas de salida y llegada al domicilio, el nivel de exigencia académica, la edad en la que el menor pueda empezara utilizar internet o incluso a qué edad consideran oportuno comprarle su primer teléfono móvil.

⁴⁷ STS del 12 de mayo de 2017 (RJ/2017/2053)

⁴⁸ García Gómez,V., “Estudio sobre la custodia compartida”, Revista Jurídica de estudiantes de la Universidad de Córdoba, núm. 1, 2014, .

MOTIVO ELECCIÓN DEL TEMA DEL TRABAJO

Actualmente está demasiado normalizada la situación de las separaciones complicadas y tortuosos, lo cual podría evitarse en mucho de los casos atendiendo el problema desde la raíz, es decir, desde la ley.

Todo esto puede incluso llegar a derivar en violencia vicaria, aquella que los progenitores profieren sobre los hijos. Esta violencia se manifiesta con el traslado de los hijos a un lugar secreto sin su consentimiento, con el mero propósito de causar dolor en la ex pareja y de privarle de ver a los menores.

Esto quiere decir que pagan justos por pecadores, es decir, que son los hijos quienes muchas veces peor lo pasan en los divorcios y separaciones, lo cual desde mi punto de vista es algo inaceptable.

Mi objetivo con la elección del tema de este trabajo ha sido desde un principio informarme más acerca de este tema, ya que es muy poco lo que se conoce a nivel legal al respecto y muchas las situaciones de conflicto que existen al respecto.

CONCLUSIONES

I. El hecho de que los padres pongan fin su vida en común no debe suponer en ningún caso un perjuicio de los hijos más allá del inevitable por la tristeza que esta situación pueda ocasionarle.

II. Es por ello que lo más favorable sería que ambos progenitores fueran capaces de llegar a un acuerdo sin tener que acudir a los tribunales y involucrarse en procesos judiciales, ya que esta situación puede resultar dolorosa para los hijos.

III. Desgraciadamente, en la realidad muchos son los casos en los que este acuerdo es difícil de alcance y es tarea del Juez determinar el sistema que debe seguirse, atendiendo siempre al caso y necesidades concretas.

IV. Hasta la Ley de 15/2005 no se incluye legalmente la opción de la custodia compartida, modificando el artículo 92 del Código Civil y dando prioridad siempre al mutuo acuerdo, y en caso de que este no fuera posible, la custodia compartida puede ser solicitada por una de las partes ante los tribunales.

V. Pero, esto suele derivar la mayoría de veces en situaciones de conflicto, debido a la falta de regulación, de cuantías, de plazos... en definitiva, a que se dejan demasiados aspectos sin determinar. Esta falta de determinación desemboca en que las separaciones en muchos casos se conviertan en procesos largos y dolorosos tanto para los progenitores, como para los hijos, hasta que se consigue llegar a un acuerdo.

VI. El sistema de custodia compartida es concebido por la mayoría de los padres separados como la solución más favorable para los menores, ya que defiende la idea de mantener la relación con ambos progenitores, de modo que sientan abandono ni pierdan relación con ninguno de los progenitores.

VII. En definitiva, es esencial la búsqueda de la situación más favorable para los cónyuges, que sería la conservación de una situación después de la ruptura que sea lo más parecida a la vivida con anterioridad a esta.

VIII. Desde mi punto de vista, destacar la problemática que ocasiona la custodia compartida en la práctica judicial actualmente, ya que es un muy difícil llegar a una situación en la que todos los afectados estén de acuerdo. La falta de regulación no hace otra cosa que agravar el problema, ya que si todo estuviese más acotado se daría menos margen de discusión y el proceso sería mucho menos doloroso y complejo.

IX. Tras realizar investigaciones al respecto y leer tanta jurisprudencia para la realización de este trabajo, llego a la conclusión de la urgente necesidad de una reforma legislativa centrada en la custodia compartida que no deje tantas cuestiones en blanco y en manos de los jueces. Todo esto porque, a pesar de que los jueces velen siempre por los derechos y seguridad de los ciudadanos, la justicia sigue unos procesos que pueden llegar a alargarse demasiado en el tiempo, y esto es doloroso y complicado tanto para los progenitores como para los hijos.

X. Huelga decir que, en caso de que se produjeran reformas al respecto, deberá prevalecer siempre el interés de los menores. Desde mi punto de vista y con algunas excepciones, la situación más favorable para los menores es la de custodia compartida, ya que considero esencial que el menor no pierda en ningún caso relación con ninguno de los progenitores, sin perjuicio de que en situaciones de maltrato u otros posibles conflictos, lo más favorable para el menor sea alejarle del progenitor que le cause ese molestar a él, a sus hermanos o a su ex pareja.

BIBLIOGRAFÍA

- BALMASEDA, Óscar Monje (2015) *La separación conyugal en la Ley 15/2005, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria*, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), N° 7, 2015.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario. "criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", *Aranzadi Civil*, vol. I, tomo X, Ed. Aranzadi, 2001.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, *guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?*. en *Diario la Ley*, número 7206, Sección Tribuna (2009)
- CATALÁN FRÍAS, María Jose, et al. *La custodia compartida*.Revista derecho y criminología, 2011, no 1.
- CHAPARRO MATAMOROS ,P., "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 3, 2015 (disponible en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/6>; última consulta 24/02/2019).
- DELGADO DEL RÍO, Gregorio. *La custodia de los hijos, la guarda compartida*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- FRÍAS RODRÍGUEZ, I., "Guarda y custodia compartida. Criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Julio-Diciembre 2016.
- GARCÍA GÓMEZ,V., "Estudio sobre la custodia compartida", *Revista Jurídica de estudiantes de la Universidad de Córdoba*, núm. 1, 2014.

- GARCÍA, José Antonio Serrano. *La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida*. *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2014, no 35, .
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa”, *InDret*, 2008.
- MEDINA-SUÁREZ, Isabel. *Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias. Apuntes de psicología*, 2016, vol. 34, no 2-3.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*, Ed. La ley, Madrid, 2008.
- PEREZ CALVO, I., “Custodia exclusiva/custodia compartida. Custodia compartid: en el camino de la corresponsabilidad parental.” En *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, FERNÁNDEZ, Ma Begoña, et.al. (coord.), Dykinson, Madrid, 2019.
- PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- POUSSIN, G. Y Lamy, A. (2004). *Custodia compartida: como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*. Madrid, Ed. Espasa Práctico.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. “la guarda y custodia de los hijos”. *Revista de Derecho privado y Constitución*, núm. 15 Enero-Diciembre 2001.
- REBOLLEDO VARELA, A.L “La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor” en *Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, nª1, 1999*.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- SOLÉ RESINA, Judith. “La guarda y custodia tras la ruptura”. *Primero Edición*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2015.

- *ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. (2018), nadie pierde: La guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales, Dykinson, Madrid.*

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS Tribunal Supremo 257/2012, de 26 de abril (ES:TS:2012:2907)
- STS de de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013: 564)
- STS 762/2013 del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre (ECLI: ES: TS: 2013: 5966)
- STS del 12 de mayo de 2017 (RJ/2017/2053)
- STS de 18 de enero de 2018 del Tribunal Supremo. Texto obtenido de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial.
- STS del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 630/2018 de 13 de noviembre. (Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi).
- STS 17 de enero de 2019 (ECLI: ES: 2019:50)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Sala 1a de lo Civil). Sentencia de 19 octubre de 1983. (Aranzadi RJ\1983\5333).

- STC 100/1987 del Tribunal Constitucional de 28 de enero (ECLI: ES: TC: 1987: 100A)

- STC (Sala de lo Civil). Sentencia de 22 mayo de 1993. (Aranzadi RJ\1993\3977).

- STC de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 26 de enero de 2004 (JUR 2004/70451).

- STC de 22 de Junio de 2007, Juzgado de Primera Instancia de Murcia (ECLI: ES:TS:2007:5830)

- STC (Sala 2ª de lo Penal) Sentencia nº 257 de 1 de abril de 2014 (ECLI: ES: TS: 2014: 1457)

- STC 530/2015, 25 de Septiembre de 2015 (ECLI:ES: TS:2015:3890)

- STC de 11 de febrero de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:498)

- STC del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 55/2019 de 11 de julio de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:55)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Audiencia Provincial de Castellón de 14 de julio de 1998 (ECLI: ES: APCS: 1998)

- SAP de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 1999 (DER 1999/17761)

- SAP de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) de 17 de mayo del 2002 (JUR 2002/222795)

- SAP de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/93800).

- SAP de 21 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI: ES: APCA: 2008: 139)

- SAP no160/2013 de 13 de marzo. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18a). España. (ECLI:ES:APB:2013:14827)

- SAP 199/2014, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 30 de mayo de 2014 (ES: APV:2014:3824)

- SAP 304/2015 y 654/2015 Audiencia Provincial de Madrid (ES: APM: 2015: 14380)

- SAP de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), núm. 574/2016 de 7 de noviembre. (Texto obtenido de la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2017/21254)

- SAP de la Audiencia Provincial de Córdoba de 2 de enero de 2018 (ECLI: ES: APCO:2018:1)