

PRESENTE Y FUTURO EN LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL NIÑO VALENCIANO EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR

PRESENT AND FUTURE ON THE SEARCH OF SUPERIOR INTEREST OF THE VALENCIAN MINORS IN FAMILIAR CRISIS SITUATIONS

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 76-97



Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: Protección del interés superior del menor valenciano en situaciones de crisis familiar en aplicación de los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad tras las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional que privan a la Comunidad Valenciana total y definitivamente de sus avanzadas normas de Derecho de familia.

PALABRAS CLAVE: Corresponsabilidad parental; coparentalidad; interés superior del menor; custodia compartida.

ABSTRACT: Superior Interest's Protection of the Valencian minors in familiar crisis situation, in application of the principles of parental co-responsibility and co-parental following the recent Constitutional Court Judgments that deprive the Valencian Community completely and definitively of their advanced norms of family law.

KEY WORDS: Parental co-responsibility; co-parenting; superior interest of the minor; shared custody.

SUMARIO.- I. Consecuencias y situación actual del Derecho Foral valenciano a la luz de las recientes sentencias del TC.- II. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el interés del menor y la cuestión terminológica.- 1. La cuestión terminológica.- III. Los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad y su encaje en la resolución del conflicto familiar.- 1. Corresponsabilidad parental y patria potestad. 2. Coparentalidad e interés del menor.

I. CONSECUENCIAS Y SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO FORAL VALENCIANO A LA LUZ DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TC.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2016, de 16 de noviembre, ha privado a la Comunidad Valenciana de una norma reguladora de soluciones más avanzadas que la normativa de Derecho común en favor de los menores en los casos de crisis familiar: Son tres las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en el año 2016 que afectan grave e irreversiblemente a la Comunidad Valenciana en materia civil: la STC 82/2016, de 28 de abril, la STC 110/2016, de 9 de junio y la STC 192/2016, de 16 de noviembre¹, que declaran nulas por inconstitucionales la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, la Ley 5/2012, de 15 de octubre de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, respectivamente, y que han provocado un *annus horribilis* del Derecho civil valenciano en materia de familia.

El análisis de estas tres sentencias pone de manifiesto que la Comunidad Valenciana, pionera en materia de corresponsabilidad parental ha quedado privada total y definitivamente de sus avanzadas normas de Derecho de familia y de la posibilidad de regular otras nuevas. En base a ello, el Tribunal Constitucional reitera en todas las mencionadas Sentencias que, si bien “la competencia autonómica en materia de derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la LOTRAVA”, “en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el art. 149

1 STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), la STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110) y la STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192), respectivamente.

• Pilar María Estellés Peralta

Pilar María Estellés Peralta es doctora en Derecho y profesor Agregado Doctor Acreditado de Derecho Civil y Directora del Departamento de Derecho Privado en la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Coordina el módulo de Derecho Civil y Práctica Procesal Civil del Mater de Abogacía, el módulo de Gestión Laboral y Civil en el Master de Gestión Administrativa Civil y el módulo de Aspectos Civiles de la Empresa y Arbitraje del Master de Asesoría Jurídica de Empresas impartidos en la misma universidad. Ha centrado su investigación y la dirección de Trabajos Fin de Grado, Fin de Master y Tesis Doctorales en el ámbito del derecho de familia y la protección de la persona. Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es.

CE, por lo que la competencia autonómica se debe situar necesariamente en el marco del art. 149.1.8 CE, que permite a las Comunidades Autónomas legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial preexistente a la aprobación del texto constitucional, sin que la argumentación esgrimida por los recurrentes permita admitir la existencia de un derecho foral valenciano susceptible de actualización independiente de su preexistencia". Se insiste en que el calificativo «foral» incluido en la reforma estatutaria de 2006 "no puede alterar el techo competencial establecido en el art. 149.1.8 CE"; en que la expresión constitucional "allí donde existan" alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, sin que tal preexistencia pueda valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, sino al tiempo de entrada en vigor de la Constitución².

El Tribunal Constitucional, reconoce, no obstante, que la Comunidad Valenciana posee competencia para positivar su derecho consuetudinario, sin embargo, tal conversión normativa exige comprobar si las instituciones a las que se quiere dar rango legal pertenecen o no a su derecho consuetudinario³. En relación con la última ley anulada por nuestro Tribunal Constitucional, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que es la que nos interesa en este análisis, la carga de probar tal extremo (en el presente caso, la pervivencia y aplicación de especiales reglas en materia de relaciones paterno-filiales en vigor al tiempo de aprobarse la Constitución), que tiene por única excepción las costumbres notorias, ha de pesar sobre la propia Comunidad Valenciana, pudiendo hacer las veces la acreditación de la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada pero conexas a ella. No es bastante, por tanto, una posible conexión entre los antiguos y derogados *Furs* del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la ley impugnada, pues lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión, cuestión que en modo alguno ha resultado demostrada, lo que conduce inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley⁴. Ciertamente, resulta

- 2 Con la reforma del Estatuto de Autonomía por la L.O. 1/2006, de 10 de abril, se incrementó el autogobierno a la Generalitat Valenciana. Tras esta reforma, se atribuyó a la Generalitat en el art. 49.1.2ª, competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil foral valenciano lo que dio lugar a la posibilidad (errada, a la vista de las tres últimas sentencias del Tribunal Constitucional que comentamos) de legislar al respecto de las relaciones familiares. Mucha polémica se ha suscitado sobre las dudosas competencias de nuestra Comunidad para legislar en materia de Derecho Civil, al amparo del art. 149.1.8ª C.E. No obstante, y sin perjuicio de las dudas razonables respecto de su competencia para legislar en esta materia, no hay antecedentes forales que regulen las relaciones de familia más allá de las concernientes a la regulación del régimen económico del matrimonio.
- 3 VALINO, A.: "La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano". *Diario La Ley*, Nº 8883, Sección Doctrina, 16 de Diciembre de 2016, pp. 4-7.
- 4 No exento de polémica, asimismo, el voto particular del Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, que discrepa del sentir mayoritario de la Sala, argumentando las mismas razones que ya expuso en las anteriores STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82) y STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110), y que pueden sintetizarse en los siguientes: a) que la regulación normativa valenciana ahora controvertida se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; b) que los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía, y c) que aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunidad Valenciana puede regular esta materia.

impeccable la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre el sentido de los términos “conservación”, “modificación” y “desarrollo”, quien reitera que el techo competencial en materia de derecho civil es el presente en el art. 149.1.8 de la Constitución y no puede ser alterado por disposiciones estatutarias, jerárquicamente subordinadas a la Constitución española, que autoricen a un ejercicio más amplio de la competencia legislativa sobre Derecho civil, esto es, más allá del conservar, modificar y desarrollar que pueden acometer aquellas Comunidades Autónomas donde existiera un Derecho civil propio al tiempo de promulgarse la Constitución. De ahí que “la llamada a recuperar y actualizar los antiguos Fueros no autoriza al legislador autonómico a exceder la competencia en materia de legislación civil que el art. 149.1.8 CE permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, más allá del cual se encuentra la competencia indisponible del Estado”⁵.

En conclusión, el Tribunal Constitucional no cuestiona el contenido, conveniencia e idoneidad de las normas de Derecho valenciano que anula, sino que se limita a anularlas por la ostensible falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular estas materias. La solución a todo ello, en aras de la recuperación de la capacidad legislativa es costosa y a largo plazo y podría pensarse que poco viable jurídicamente hablando: es más factible una solución política que abra el camino a la reforma de la Constitución para que se amplíen las competencias en materia civil de algunos territorios, como el de la Comunidad Valenciana. Entretanto, cabe plantarse si la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de noviembre ha colocado a la Comunidad Valenciana y a miles de menores víctimas de la crisis conyugal de sus padres en una situación de retroceso anterior a la aprobación de la ley valenciana.

Al menos se mantienen las situaciones jurídicas consolidadas al establecerse para éstas efectos *ex nunc* por cuestiones de seguridad jurídica y por la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor⁶.

5 Fundamento jurídico 4 de la STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192). Como se señala en la STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82) en su FJ 6, “tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana, crear un Derecho civil *ex novo*”.

6 STC 192/2016, de 16 de noviembre, (RTC 2016, 192) con los efectos previstos en el FJ 5, que declara que el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011, en relación a la fijación de un determinado régimen de guarda y custodia para los hijos menores -independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico-, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor. Asimismo, conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente resolución. Por todo lo cual, los regímenes de guarda y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de la Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC.

II. LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN, EL INTERÉS DEL MENOR Y LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.

Es indudable que la norma valenciana se dictó en beneficio y protección del interés del menor valenciano y al igual que la norma aragonesa, la ley valenciana se destinaba a regular el régimen de guarda y custodia compartida como solución preferente y más idónea para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad de los progenitores entre las que se encuentra tener a sus hijos en su compañía en aquellos supuestos de crisis conyugal en que los padres no conviven⁷.

La custodia compartida no es una creación de la Ley valenciana 5/2011 sino que se trata de una creación jurisprudencial, que fue abriéndose paso lentamente a golpe de sentencia, como la muy conocida SAP de Valencia 1 septiembre 1997, frente a la tradicional regulación del sistema de custodia monoparental y que llegó hasta el Tribunal Constitucional, STC 4/2001, de 15 de enero⁸ y fue abriéndose paso desde entonces en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo finalmente regulada en la reforma que introdujo la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la LEC en materia de separación y divorcio y que hizo referencia expresa a la custodia compartida en la nueva redacción al art. 92 CC, aunque muy restrictivamente, pues frente a la anterior libertad de origen jurisprudencial, la reforma la sometió a diversas restricciones como la solicitud de una de las partes (frente a la posibilidad de acordarla de oficio que el mismo Tribunal Constitucional había considerado legal en su sentencia de 15 de enero de 2001), el dictamen del Ministerio Fiscal -actualmente declarado inconstitucional-, y como no podía ser menos, la prevalencia del interés superior del menor. La Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, liberaba a la custodia compartida de esas injustificadas, y en parte inconstitucionales desconfianzas, pero ha regulado otros muchos aspectos que ofrecen sin duda aspectos problemáticos⁹.

La ley, de regulación poco extensa¹⁰ y pese de su brevedad, supuso un avance importante en la nueva concepción y entendimiento de la coparentalidad, en el plano social y jurídico no sólo en el ámbito autonómico, ni únicamente en la Comunidad Valenciana sino en la concepción del Derecho de familia a nivel nacional¹¹. Es una

7 DE VERDA BEAMONTE, J.R.: "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar", *Diario La Ley*, núm. 8299, 2014, pp. 1-9.

8 STC 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 4).

9 ESPARZA OLCINA, C.: "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 204.

10 Constaba de siete artículos, una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y tres finales.

11 Destaca en la Ley valenciana la regulación de las relaciones familiares de los progenitores que no conviven con sus hijos comunes sujetos a la autoridad parental, y la de éstos con sus hermanos, abuelos, otros parientes y

norma avanzada y bien valorada doctrinalmente¹², porque mira más allá de la óptica parental para centrar el foco en lo que conviene al hijo menor de edad.

La norma valenciana, establece como regla general en su art. 5.2, que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, la autoridad judicial “atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, 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”, extremo este último importante porque las malas relaciones de los padres constituía, hasta fecha reciente un motivo muy considerado por los Tribunales para la denegación de la custodia compartida. Así pues, la ley valenciana, junto con la vasca y a diferencia de la aragonesa, era más avanzada al mantener la custodia compartida como regla general, incluso frente desacuerdo entre los progenitores, la oposición de un progenitor, o las malas relaciones existentes entre ambos padres. En opinión de algunos autores la norma valenciana suponía un impulso en pro de la plasmación y del reconocimiento fáctico del principio de igualdad entre los progenitores, al mismo tiempo que una voluntad efectiva encaminada a elegir para el menor la situación que resulte más adecuada para que sufra en la menor medida de lo posible la ruptura de sus progenitores¹³. De la voluntad de beneficiar al menor por parte de la anulada norma no dudamos, cuestión distinta es si la Ley 5/2011 olvida la importancia de la coparentalidad porque atiende demasiado a la corresponsabilidad parental lo que puedes producir graves e irreparables desequilibrios.

I. La cuestión terminológica.

Entre las muchas cuestiones significativas de esta anulada ley se podría destacar que la norma valenciana era pionera en algunos aspectos clave de esta materia, al ser la única que ofrecía definiciones para varios conceptos de gran relevancia e interpretación dispar, a diferencia de la norma estatal y del resto de leyes autonómicas que carecen de las mismas a pesar de formular nuevos términos o cambiar las acepciones de los ya existentes. Aunque a mi modo de ver la ley valenciana no acierta utilizando el término progenitores, pues no todos los padres son progenitores ¿o estaba excluyendo a los adoptivos? la norma resulta interesante porque deja de emplear los habituales términos de *guarda* y *custodia*, para acuñar la expresión “convivencia” y régimen de “relaciones familiares” en un intento por superar la antigua terminología. Convivencia, y de régimen de relaciones familiares

allegados.

- 12 ESPARZA OLCINA, C.: “La guarda”, cit., p. 208, para quien la ley valenciana contiene una regulación acertada de la convivencia compartida, sin las trabas y rigideces que contiene el CC, aunque tiene algún aspecto muy problemático, como la compensación por el uso de la vivienda, que además es innecesaria.
- 13 REYES LÓPEZ, M. J.: “La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana”, en BARONA SELLES, M. A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

son términos realmente más adecuados, y más reales, pues la palabra convivencia resalta que el menor vive con uno de los padres, pero ello no supone que tenga un poder sobre el hijo superior al del otro padre, y desde luego, el término relaciones familiares es menos ofensivo para el padre/madre que el de visitas, que convierte al otro padre/madre en un mero y esporádico “visitador” de su hijo. Esto va en la misma línea de las modernas convicciones sobre la familia¹⁴. La Ley 5/2011 era el único de los textos autonómicos que definía lo que se entiende por convivencia compartida¹⁵ identificándola con la idea de reparto igualitario del tiempo de convivencia. Otra cuestión es si esta definición es la más adecuada y asumida por la doctrina según vamos a analizar. En definitiva, la ley valenciana intentaba implantar un sistema de corresponsabilidad parental mediante el recurso a la custodia compartida, que se convirtió para el menor valenciano, en virtud de esta Ley, en medida general, siendo excepcional la atribución de la custodia monoparental a uno u otro de los padres. La ley valenciana, en aplicación de definido reparto igualitario del tiempo de convivencia, quizás puso más el acento en la corresponsabilidad parental que en la coparentalidad y dio lugar, en la mayoría de las crisis conyugales al fenómeno denominado “niño maleta” que no compagina bien con la protección del interés del menor.

III. LOS PRINCIPIOS DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y COPARENTALIDAD Y SU ENCAJE EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO FAMILIAR.

Un mejor análisis de la cuestión nos obliga a analizar los conceptos de *corresponsabilidad parental* y *coparentalidad*, ambos relacionados pero no idénticos: la idea que está detrás de la corresponsabilidad parental es la de un complejo entramado de deberes, derechos, funciones¹⁶ y hasta actitudes respecto al cuidado y educación de los hijos cuyo ejercicio corresponde a ambos padres; la corresponsabilidad parental es mucho más que la custodia compartida, en consecuencia, la idea misma de “reparto” por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar; la corresponsabilidad no entraña reparto, distribución o atribución; la corresponsabilidad parental implica que los padres comparten y participan -en convivencia conjunta o separada- la responsabilidad por la crianza y educación de

14 ESPARZA OLCINA, C.: “La guarda”, cit., p. 204.

15 En este sentido, el art. 3. a) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que al definir el concepto de custodia compartida determina que “por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”. Caber destacar que ni el Código Civil ni la mayoría de las legislaciones autonómicas que han abordado la materia, nos han aportado tampoco una definición de la *guarda* y *custodia compartida*.

16 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*, Vol. IV, 7ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 288, quienes entienden que “la patria potestad no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a ellos encomendada”. En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 309.

sus hijos, participación que debe ser activa, equitativa y permanente¹⁷. Terminado el matrimonio o la unión de hecho, no se debieran repartir o distribuir los derechos y deberes respecto de los hijos, como se reparten los bienes adquiridos en común. El mantenimiento o continuidad de los deberes parentales no implica que a cada uno de los padres les corresponda el ejercicio de la mitad de cada derecho ejercitable en relación con los hijos y el cumplimiento de la mitad de cada uno de los deberes; no atiende a eso el principio de corresponsabilidad, sino a un posicionamiento equitativo, cuyo criterio de corrección debe ser el interés superior de los hijos y no la igualdad lineal y matemática entre los padres¹⁸. El reparto de responsabilidades de los padres respecto de sus hijos no les corresponde porque ambos tengan iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de los hijos o "favor filii". El fundamento del principio no es satisfacer los deseos e intereses de los padres, sino proteger los derechos e intereses de los hijos¹⁹.

Pese a ello, la Ley valenciana en su artículo 3.a) establecía que el régimen de convivencia compartida debía entenderse como el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos menores mediante la distribución *igualitaria* y racional del tiempo de cohabitación. ¿Se garantizaba con ello el respeto y la búsqueda del interés del menor? La buena intención es indudable, otra cuestión es la aplicación práctica de la misma y se garantice o no, en nuestro país el apoyo a este tipo de custodia ha evolucionado muy rápidamente, como consecuencia de las últimas y recientes reformas legales en

17 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 20 - N° 2, 2013 pp. 21-59, en p. 51. Asimismo, es interesante el análisis del artículo 224 del Código Civil chileno, que establece que la participación de ambos padres debe ser activa, equitativa y permanente, con lo cual, entiende la citada autora en p. 41, que la participación en la crianza y educación de los hijos, vivan los padres juntos o separados, debe ser de parte de ambos: diligente y eficaz, no pasiva (activa); en igualdad de condiciones y sin exclusiones (equitativa) y en forma constante, mantenida y estable en el tiempo (permanente).

18 En este sentido, interesantes puntos de vista de ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., pp. 51-52.

19 En este sentido la STS 27 septiembre 2011 (ROJ5880/2011), entiende que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los distintos y contrapuestos intereses de los progenitores y no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el Juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, por ello indica que el juzgador debe tener en cuenta que "no son los afectos de los padres los que deben presidir la decisión judicial, sino "los derechos traducidos en afectos y los vínculos de estabilidad y bienestar que el menor desarrolla" con ambos progenitores en la nueva situación, con la presencia de los dos", criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias en numerosas ocasiones, STS 4 marzo 2016 (ROJ 973/2016), STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011), entre otras. Por ello, entiende el TS que la guarda y custodia compartida se acordará "cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

el Derecho autonómico, que han abierto amplios espacios a la custodia compartida en el Derecho de familia español, creando en la opinión pública un estado de concienciación y sensibilización hacia el tema que ha generado una amplia demanda social de regulación de esta modalidad de custodia²⁰. Los legisladores autonómicos de Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y recientemente el País Vasco, han dado un paso adelante, estableciendo la custodia compartida como modalidad preferente, incluso en el supuesto de desacuerdo de los padres, si bien con matizaciones. También la jurisprudencia ha jugado un papel muy relevante en el cambio de tendencias²¹. Pese a que la actual regulación estatal establece la custodia compartida como una modalidad de custodia excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores, los últimos pronunciamientos por parte del TS, se apartan de esta medida y aplican la custodia compartida como la modalidad más aconsejable para el interés del menor²². Pero la aplicación de esta modalidad no va a ser uniforme en el territorio nacional debido a la diversidad de legislaciones autonómicas, nada desdeñable, que va a generar un tratamiento diferenciado en la solución de los problemas derivados de la atribución de la custodia de los menores en situaciones de crisis familiar propiciando indeseables situaciones de desigualdad difícilmente de justificables.

El concepto de corresponsabilidad parental no es nuevo, ya fue utilizado por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre²³ y a nuestro entender, quizá fuera conveniente la extensión del uso de esta expresión en lugar de las de patria potestad y custodia con el fin de unificar la terminología y evitar los problemas prácticos que produce esta dualidad de conceptos.²⁴ La corresponsabilidad

20 No siempre exenta de intereses ajenos que no buscan precisamente el beneficio del hijo y que destacan por la búsqueda del ahorro crematístico que supone la custodia compartida para el progenitor no custodio.

21 Se ha pasado desde la tradicional reticencia hacia la custodia compartida a la negación de su excepcionalidad en numerosas sentencias

22 La STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012, 185) entendió que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional y como consecuencia de esta doctrina el Tribunal Supremo desde 2013, viene estableciendo, con carácter general, la pertinencia del régimen de custodia compartida al entender que la custodia compartida es una medida "normal e incluso deseable", que "permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" en STS 29 abril 2013 (ROJ 2246/2013), asimismo STS 14 de octubre de 2015 (ROJ 4165/2015) y STS 11 de febrero 2016 (ROJ 437/2016), entre otras muchas.

23 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento n° 1347/2000, en el que ya se mencionaba la responsabilidad parental.

24 Para SERRANO CASTRO, F.: "Posibilidad de establecer un reparto de tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas", *Boletín de Derecho de Familia*, 2008, núm. 83, pp. 3-4, se trata de superar "terminologías caducas que sólo fomentan la guerra y belicosidad en las contiendas judiciales..." Por su parte las leyes autonómicas han establecido una terminología propia que parece ir en la línea de superar la antigua distinción existente: el Código aragonés ha sido pionero al no utilizar ya la expresión patria potestad sino la de autoridad parental, al igual que la ley valenciana; en la ley navarra sobre custodia compartida, se utiliza el término "responsabilidad parental"; en el Capítulo VI, del Título III, del Libro Segundo del Código catalán, se sustituye la anterior denominación de *potestat del pare i de la mare* por el término potestad parental, que a mi juicio es el que menos aporta a esta unificación terminológica. Asimismo el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio aprobado por Consejo de Ministros 19 de julio de 2013, con la finalidad de adaptar la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales en situaciones de crisis a la realidad social

parental, habría que entenderla como principio que debe orientar todas las decisiones y ejercicio de todos los deberes y facultades de los padres con sus hijos y no se trata sólo de cuidado compartido. Esto sólo reduciría su visión. La corresponsabilidad implica la asunción de la responsabilidad común y la consecuente participación en la crianza y educación de los hijos. En consecuencia, si los padres se encuentran separados, no solo ejerce estas funciones o deberes aquel que asume el cuidado personal, sino también aquel que no lo tiene y habrán de arbitrarse los medios para que pueda concretarse. La crisis conyugal de los padres no debe en ningún caso afectar al cumplimiento de las obligaciones, deberes y responsabilidad que sobre los mismos pesan respecto de los hijos; no pueden aquellos desentenderse de sus obligaciones en el cuidado, desarrollo afectivo y psicosocial y educación del hijo porque la ruptura de la convivencia de los padres no modifica la filiación respecto de los hijos, por tanto la titularidad de los derechos y deberes que entre padres e hijos fija la ley no va a quedar afectada por el divorcio o la separación de aquéllos, pues la titularidad de estos derechos y deberes no tienen su origen en el matrimonio, sino en la filiación²⁵.

I. Corresponsabilidad parental y patria potestad.

La corresponsabilidad parental podría identificarse con el concepto tradicional de patria potestad todavía vigente en nuestro Derecho²⁶. La patria potestad supone la juridificación de unas obligaciones humanas y morales que todo padre tiene para con sus hijos menores y que no tiene su origen en la ley, sino en el propio hecho

actual, actualmente vía muerta, descartaba expresiones como patria potestad, régimen de visitas o progenitor custodio, dando prioridad a otras como responsabilidad parental, periodos de convivencia, régimen de estancia, coparentalidad y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos.

- 25 DE PRADA GONZÁLEZ, J. M^o.: "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982, p. 368, afirma que a partir de la reforma realizada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la patria potestad se desligó de la institución familiar para convertirse en una consecuencia de la filiación determinada pues la patria potestad pasó a considerarse como un efecto de ésta. En el mismo sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., pp. 47-48.
- 26 El primer problema que se suscita a nivel semántico es el de la distinta e indistinta terminología empleada por el legislador. Pese a que la recién anulada Ley valenciana no empleaba en su articulado las expresiones patria potestad, guarda y/o custodia, el Código civil sí la utiliza –en el art. 154–, incluso tras la reforma operada por las Leyes 26/2015, de 28 de julio y Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia realizada con el fin de mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y adolescencia y constituir una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia, 20 años después de la aprobación de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor. La reforma que estuvo integrada por estas dos normas, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y la Ley Orgánica 8/2015, introdujo los cambios necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los arts. 14, 15, 16, 17 y 24 CE. Las modificaciones más importantes afectaron a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, entre otros.

de la procreación²⁷. Constituye un conjunto de poderes²⁸ dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones de protección, cuidado, asistencia y educación que la ley impone a los padres²⁹. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y mental (art. 154 C.c.) y comprende, entre otros, los deberes y facultades de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” y que se ejercerán siempre en beneficio de los hijos, teniendo en cuenta su personalidad y respetando su integridad física y psicológica.

Incluido en la patria potestad, el concepto de “guarda y custodia” no queda definido en nuestra legislación aunque el Código Civil se refiere a ella en distintos preceptos legales utilizando diferente terminología tal como “cuidado y atención de los hijos”³⁰; “con cuál de los cónyuges hayan de quedar los hijos”³¹ pero cabría definir la facultad de “guarda” como una facultad que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc., es decir, se trata de cuestiones diarias, habituales, ordinarias y rutinarias³², hace referencia a convivencia³³, no implicando más derechos y, consecuentemente, no supone un estatus privilegiado de un progenitor frente al otro³⁴ y por tanto, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores no supone que se esté privando de la titularidad de la patria potestad al otro progenitor. La facultad de “guarda”, además, se comparte entre ambos progenitores, en los tiempos de convivencia en que los hijos comunes permanecen con cada uno de ellos.

27 MORENO VELASCO, V.: “Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad”, *Diario La Ley*, n° 7267, 22 octubre de 2009, p. 2; AGUILERA RODERO, J.: “El progenitor no custodia ante el ejercicio de la patria potestad”, *Diario La Ley*, n° 7826, 27 de marzo 2012, p. 1. En el mismo sentido, TERZANO BOUZÓN, B.: “La patria potestad en el ordenamiento canónico: contribuciones a la sistematización del derecho canónico de familia”, *Cuadernos Doctorales*, n° 8, p. 144.

28 Para Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema*, cit., p. 288, “la patria potestad no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a ellos encomendada”. En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 309.

29 La Sentencia de la AP de Barcelona de 10 de noviembre de 1998, declaró que la patria potestad está conformada como una institución jurídica de derecho natural y de contenido esencialmente asistencial en cuanto que recoge en los arts. 153 y siguientes C.c. lo que ha venido en denominarse la responsabilidad parental.

30 Artículos 90 y 92 C.c.

31 Artículo 103 C.c.

32 Así la AP de Sevilla, Secc. 5ª, de 26 de enero de 2006, Rec. 91/2006. Para ESPARZA OLCINA, C.: “La guarda”, cit., p. 184, es el poder de adoptar las decisiones con repercusión en todos los aspectos de la vida cotidiana de los hijos. Asimismo, RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor”. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824), *Rev. Boliv. de Derecho*, n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 562-575, quien entiende en p. 567 que la guarda y custodia comprende el cuidado directo del menor. Dado que el correcto desempeño de la función de cuidado exige la convivencia entre el progenitor y el hijo, la guarda y custodia implica, junto con la función de cuidado, una situación de convivencia.

33 Vid. art. 3. a) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, ya citado.

34 FÁBREGA RUIZ, C.: “Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad”, *Diario La Ley*, n° 7443, 12 julio de 2010, La Ley 3800/2010, p. 8.

“Patria potestad” y “guarda y custodia” ya sea ésta individual o compartida no son equiparables sino que la guarda y custodia quedaría integrada en la “patria potestad”³⁵. En este sentido se pronuncian algunas sentencias que determinan que el actor, pese a no tener la custodia de su hija, no debe quedar excluido de la toma de decisiones sobre los aspectos más relevantes vinculados al ejercicio de la patria potestad sobre la menor; por lo que podrá intervenir en las decisiones importantes que afecten a la vida de la menor y, en particular, a los aspectos relacionados con el cuidado, la salud y la educación de aquélla, las cuales habrán de adoptarse de mutuo acuerdo, debiendo decidir el juzgador en caso de discrepancia³⁶.

En todo caso, de acuerdo con el art. 156 C.c. es posible que la patria potestad se ejerza por ambos progenitores conjuntamente³⁷ o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro³⁸, dictando reglas para el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo o separación de los padres³⁹.

-
- 35 En el mismo sentido, VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades”, (coord. por T. PICONTO NOVALES), *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 81.
- 36 Sentencia 201/2006 AP Huesca, sección 1ª de 24 de octubre de 2006. La Ley 140180/2006. Fundamento 2. Asimismo, este tipo de gastos se considera extraordinario. Así lo entienden numerosas resoluciones que exigen el consentimiento previo del progenitor no custodio para el abono de los gastos extraordinarios. (SAP Barcelona, Secc. 18, 67/2008, de 28 de enero, Rec. 315/2007, Ponente: Sra. García Esquiús en la que se deniega el pago de los gastos de matriculación en un centro privado sin el consentimiento del otro progenitor. También SAP Madrid, Secc. 22, 15/2008, de 18 de enero, Rec. 1058/2007, SAP Madrid, Secc. 22, 16/2006, de 27 de enero, Rec. 921/2005. Así el ejercicio de la patria potestad implica el concurso de ambos progenitores para las decisiones que tienen cierta trascendencia, de no concurrir el progenitor no custodio en la toma de la concreta decisión, se producirían dos efectos: el primero que el progenitor no custodio podría exigir judicialmente su intervención en la toma de la decisión y, en segundo lugar, que el progenitor custodio que ha incurrido en un gasto sin consultarlo con el otro progenitor no podría exigir el abono de la mitad (salvo supuestos de urgencia), en opinión de MORENO VELASCO, V.: “Hacia una adecuada comprensión” cit. Según lo anterior, entiende ROMERO COLOMA, A. M.: “El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica”. *Diario La Ley*, n° 8000, Sección Tribuna, 14 enero 2013, p.12, que el criterio del gasto extraordinario (comunidad, bautizo, colegio religioso –no si antes de la separación o divorcio ya asistía al mismo-) y sus efectos determina que las decisiones deban adoptarse por ambos cónyuges siempre.
- 37 El ejercicio conjunto de la patria potestad tan sólo se aplica desde la reforma por la ley 11/1981, de reforma del Código civil que introdujo la llamada “Ley de Divorcio”, pues con anterioridad a dicha reforma, el ejercicio de la patria potestad lo atribuía la ley al padre como único titular permitiendo a la madre, en defecto del padre, una responsabilidad residual en el ejercicio de la misma. Con la reforma se introduce un cambio trascendental en las relaciones paterno-filiales al establecer como novedad importante, el principio de una patria potestad compartida. Mismo sentido, FUENTE NORIEGA, M.: *La patria potestad compartida en el Código civil español*, Montecorvo S.A., Madrid, 1986, p. 181.
- 38 Diversas dudas plantea el ejercicio de la patria potestad por uno de los padres con el consentimiento del otro. Cabe entender, en opinión de la doctrina, que puede otorgarse para determinados actos concretos –decisiones que afectan a la educación escolar de un hijo- o temporalmente –período de vacaciones escolares-; no obstante, en opinión de CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “Comentario al artículo 156 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2011, p. 551, es más dudoso el consentimiento otorgado con carácter general, de todas las facultades inherentes a la patria potestad, pues podría entenderse como renuncia al ejercicio de la misma, sin embargo, teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad, admite la posibilidad de un consentimiento general a favor del otro cónyuge – o apoderamiento- que no releva al cónyuge que consiente ni de sus obligaciones, ni de sus responsabilidades por la actuación del otro cónyuge, ni le impide el ejercicio por sí mismo, cuando quiera, de todas o algunas de las facultades consentidas porque sigue siendo cotitular y coejeciente de la patria potestad.
- 39 El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013 (y ahora en vía muerta) en cuanto a la patria potestad, introducía como norma que el ejercicio de la patria potestad fuera conjunto, aun cuando los padres vivieran separados, con lo que no se alteraban las responsabilidades parentales respecto a los hijos (artículos 90, 92 y 156). Sería la autoridad judicial quien determinase, atendiendo al interés superior del menor,

Lo dicho significa que cuando los dos progenitores son cotitulares de la patria potestad, lo que se produce en la mayoría de los casos, ello supone el deber de compartir todas y cada una de las decisiones que afecten a la formación y educación de los hijos. En consecuencia se incluirán dentro de la órbita de las funciones de patria potestad todas aquellas decisiones de especial relevancia que acontezcan en la vida del menor; que deberán ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores, tales como cambios de lugar de residencia, decisiones en el ámbito de la salud, orientación en los estudios, religiosa, elección o cambio de colegio, etc.⁴⁰, y habrán de adoptarse de común acuerdo por los padres, como la educación del hijo –si el colegio ha de ser público o privado, religioso o laico- o la educación religiosa –recepción del bautismo, de la Primera Comunión, de la religión a practicar o de no practicar ninguna⁴¹.

En definitiva, identificando la corresponsabilidad parental con la patria potestad, que engloba asimismo, la guarda y custodia, ésta consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que ejercerán cualquiera que sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos que se decida⁴². Es un principio que atiende a la óptica de los padres, al ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores que ya no conviven por su situación de crisis conyugal y ruptura.

2. Coparentalidad e interés del menor.

Ante las dificultades para llevar a la práctica el principio de corresponsabilidad parental podemos hacer referencia a otro principio que afecta más intensamente al interés del menor: la coparentalidad. Pese a sus varias acepciones⁴³, cabría entenderla como un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse frecuentemente con los dos, a pesar de la separación de sus padres⁴⁴.

bien aprobando los acuerdos de los padres, bien adoptando sus propias decisiones, cómo debía ejercerse esa corresponsabilidad parental en los supuestos de ruptura.

40 En el mismo sentido, AGUILERA RODERO, J.: "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", cit., p. 13; FÁBREGA RUIZ, C.: "Mediación familiar", cit., p. 9.

41 Vid. también en este sentido, MORENO VELASCO, V.: "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, nº 7267, 22 octubre de 2009, p. 3.

42 Vid. en este sentido, MECO TEBAR, F.: "La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 426.

43 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., p. 36, pone de manifiesto que algunos estudios evidencian un cierto carácter polisémico de la palabra y aluden por tanto a diversos enfoques de la coparentalidad, así se reconocen a lo menos tres conceptos: coparentalidad como custodia compartida; coparentalidad como corresponsabilidad parentofamiliar; y coparentalidad centrada en el interés superior del niño que es concepto más acorde al entender de esta autora.

44 La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio modificó el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que: "Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra

Este principio debe ser entendido como el derecho del niño a no ser separado de sus padres, derecho conforme al cual el interés superior del menor reclama que el niño crezca en compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la educación del hijo, salvo, cuando circunstancias particularmente graves autorizan la separación por ser contrarias a aquel interés⁴⁵.

circunstancia personal, familiar o social. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad” y la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 9.3 que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Esta disposición es reconocida como aquella que afirma la coparentalidad. Íntimamente vinculado con aquella norma se encuentra el art. 7.1 de la misma Convención que establece el derecho del niño a ser cuidado por sus padres; ambas disposiciones encarnan la coparentalidad. Las previsiones de la Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de julio de 1992), también aluden a esta coparentalidad como un derecho de aquel cuando expone que todo niño tiene derecho a gozar de sus padres (art. 12) y que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño (art. 14). Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, en su artículo 24.3 establece que todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses. El principio de coparentalidad (arts. 9.3 y 7.1 CDN) se consagra entonces desde la óptica del hijo y como un derecho de él a relacionarse con sus padres y ser cuidado por ellos; el principio de corresponsabilidad parental (art. 18 CDN), referido a las obligaciones comunes de los padres respecto de sus hijos, se consagra desde la óptica de los padres, como un deber de ellos de participación en la crianza y educación de los hijos. Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: “El principio”, cit., p. 36.

- 45 Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio modificó el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor con el siguiente tenor: “Artículo 2. Interés superior del menor: 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir... 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: ... d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro... 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

Este interés del niño, que no es un interés en abstracto sino el interés “de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”⁴⁶, debe operar, como contrapeso de los derechos de los padres y exige en primer lugar, que sus padres hagan un esfuerzo por superar su crisis conyugal y eviten la ruptura. No siendo ello posible, que las medidas adoptadas otorguen estabilidad, seguridad y continuidad y a que se tenga en cuenta su interés sobre cualquier otro que pueda concurrir⁴⁷.

En aras de la aplicación de este principio de coparentalidad sería adecuado el entendimiento del sistema de custodia compartida como aquel en que no se tiene por esencial un reparto idéntico de los tiempos de convivencia con los hijos, ni la exigencia de pernoctar con cada uno de los padres, y por tanto, ello no implicará que los hijos deban convivir necesariamente con cada padre durante periodos de idéntica duración ni que el tiempo de estancia con cada uno, en cómputo anual, sea exactamente igual. Debiera ser admisible aquella situación en la que los menores pernocten durante la semana con uno de los padres, repartiendo el tiempo diario de estancia y relación con cada uno de ellos durante el día a día y/o la semana, generando la posibilidad llevarlos o recogerlos del colegio, actividades extraescolares, pediatra, etc. El concepto de custodia compartida debería poner el acento, verdaderamente, en el reparto equitativo de las responsabilidades parentales. La custodia compartida no tiene por que implicar la convivencia de los hijos con cada padre durante periodos de idéntica duración ni que el tiempo de estancia con cada uno, en cómputo anual, sea exactamente igual. Eso no es compartir custodia sino convivencia. Por el contrario, la custodia compartida debería ser la vía para que ambos padres se impliquen por igual en el cuidado de sus hijos.

En definitiva, los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad constituyen dos perspectivas distintas pero complementarias de la relación personal paterno-filial como un derecho que hijos y padres tienen recíprocamente y responden a una misma idea: en la búsqueda del interés del menor es más beneficioso para el hijo, en la mayoría de los casos, la relación con su padre y con su madre, con ambos, sin exclusiones⁴⁸. Por tanto, estaríamos analizando dos caras de una misma moneda y esta moneda es siempre el interés del menor. En los casos de crisis conyugal no va a resultar fácil conciliar el derecho de los menores a la coparentalidad y la efectiva aplicación de la corresponsabilidad parental. Sin embargo, como ya mencionamos,

46 STS 13 febrero de 2015 (ROJ 253/2015).

47 En el mismo sentido, PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente”, *Diario La Ley*, Sección Dossier, núm. 8104, 2013, p. 4.

48 Así lo entiende, asimismo, GARRIGA GORINA, M.: “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 3, p. 4, quien opina que lo que más y mejor puede contribuir al desarrollo psíquico, emocional, afectivo, social... de un menor, es poder relacionarse con sus dos progenitores, no viéndose privado de estar con ninguno de ellos.

el derecho de los padres debe estar supeditado al interés superior del niño. El interés de los padres no es superior al del niño cuando entran en conflicto, por ello, la corresponsabilidad parental es un principio subordinado al interés del menor⁴⁹. En este sentido, el criterio para determinar la idoneidad de un régimen de cuidado personal de los hijos o de comunicación con ellos debe ser el interés superior del niño y no la igualdad de los padres⁵⁰ como establecía en mi opinión erróneamente, la derogada ley valenciana. La protección del hijo debe primar sobre el interés de los padres en todo caso. Es por ello, que en algunos procesos el juez deberá determinar la custodia monoparental como solución idónea y compatible con el interés superior del menor⁵¹. Difícil cuestión pues en numerosas ocasiones, la solicitud de la custodia por parte de uno de los progenitores no obedece a la idea de favorecer el desarrollo del hijo y el comprensible deseo de convivir con él y compartir más estrechamente sus responsabilidades parentales sino a una estrategia procesal orientada a la consecución de las otras medidas complementarias como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y la exoneración o reducción del pago de las pensiones.

La solución no es fácil para el juzgador; el menor o sus padres; la custodia monoparental no satisface en todo caso las exigencias de un sano equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. La convivencia continuada con sólo uno de ellos puede provocar graves carencias en el desarrollo psico-social del hijo; la falta de contacto habitual con uno de los padres puede condicionar la conducta del hijo y la del progenitor no custodio, que con la intención de compensar el poco tiempo que convive con el menor, se exceda en premios y regalos excesivos perjudicando el desarrollo del niño, entre otras cuestiones. Pese a ello, en ocasiones –cada vez menos frecuentes, a la vista de la última jurisprudencia- el juzgador, atendiendo a las circunstancias concurrentes, entiende que el establecimiento de un régimen de convivencia y guarda monoparental sea la opción más adecuada para el menor⁵² pues este régimen presenta como ventaja fundamental la estabilidad que proporciona la continuidad y rutina de vida de los hijos, y debe esforzarse en procurar el padre custodio. Y esta estabilidad en el día a día del niño puede redundar en una mayor estabilidad emocional, principalmente si se respetan los derechos de visita, comunicación y estancia del padre no custodio y se evita –en atención al interés del hijo- toda crítica al no custodio. No obstante, en la regulación valenciana

49 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: “El principio”, cit., p. 36. En este sentido cabe destacar la STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011): “En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor”.

50 Así lo establecen las últimas reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio ya mencionadas.

51 STS 28 enero 2016 (ROJ 149/2016).

52 La STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013) otorga la custodia de la hija común al padre al tener en cuenta la inestabilidad emocional de la madre o la STS 7 junio 2013 (ROJ 2926/2013) que atendiendo el interés de los menores mantiene la custodia materna respetando así el *status quo* existente ya que la madre viene haciéndose cargo de su cuidado con anterioridad. En el mismo sentido CASTILLA BAREA, M.: “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010, núm. 7, pp. 13-14.

quien solicitase el sistema de custodia monoparental tenía que realizar el esfuerzo probatorio para superar la preferencia de la custodia compartida que se establece como preferente en la norma⁵³ pues al parecer ésta instauró la presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia compartida era más beneficioso para el menor⁵⁴. Según se mire. Si entendemos custodia compartida como reparto de las responsabilidades, dedicación y deberes de los padres para con sus hijos, ello es indudable; de lo contrario, el reparto igualitario de tiempos de convivencia, poco aporta al menor salvo la indeseada itinerancia.

Habrà que ponderar cuidadosamente la solución más idónea para el hijo porque siendo la modalidad de la custodia compartida la máxima expresión del principio de corresponsabilidad parental, la custodia compartida –en cuanto convivencia compartida– no es la única vía de solución y no debiera implantarse como sistema preferente. La elección de la custodia compartida como sistema que permite al hijo seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus padres⁵⁵ ha dado lugar al nacimiento del llamado *niño maleta*, obligado a cambiar de residencia cada semana o quince días en continua itinerancia de dudoso beneficio para el menor que llegar a perjudicar su estabilidad, su equilibrio emocional y su desarrollo personal.

Quizá debiera moderarse el entusiasmo hacia la modalidad de custodia (convivencia) compartida mostrado por la legislación autonómica, un amplio sector doctrinal y la jurisprudencia reciente pues si bien la custodia (convivencia) compartida propicia el principio de corresponsabilidad parental no es el único sistema de cuidado personal de los hijos que permite su consecución: cuando el cuidado personal de los hijos, esto es, la guarda y custodia, se determina en favor de uno de los padres, el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el otro puede conducir a similares resultados⁵⁶. La inclusión y aplicación del principio de corresponsabilidad parental debiera hacerse necesariamente en maridaje con el de coparentalidad porque la consideración de ambos principios⁵⁷ facilitará la búsqueda del bienestar emocional y afectivo de los hijos en las diferentes soluciones adoptadas tras la crisis familiar y por el régimen de cuidado personal de los hijos que se acuerde.

53 DOMINGO MONFORTE, J.: "Vía libre en la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 836, 2012.

54 GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7537, 2010, p. 3.

55 Así las STS 29 de abril 2013 (ROJ 2246/2013) y STS 25 de noviembre 2013 (ROJ 5710/2013).

56 En el mismo sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio", cit., p. 30

57 Algo que ya contempla la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase la STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013) y la jurisprudencia menor, así la SAP Valencia 17 diciembre 2004 (JUR 2005, 66633) y que pone de manifiesto la importancia que para el TS posee la estabilidad emocional de la menor, más allá de la concurrencia o no de la condición legal de progenitor en el titular de la guarda y custodia en opinión de RODRÍGUEZ LLAMAS, S: "La atribución", cit., p. 575.

Concluyendo, la custodia compartida, entendida como convivencia compartida, no es el único modelo relacional que permite concretar la corresponsabilidad parental y la coparentalidad, sino que su implantación generalizada es más bien una simplificación de estos principios que no siempre compagina bien con el interés del menor; en buena medida porque en rigor de lo que se trata es más bien de un supuesto de “custodia sucesiva o alternativa”, pues los progenitores no viven juntos, y no pueden en consecuencia compartir el cuidado cotidiano de los hijos⁵⁸.

A partir de ahora, y teniendo en cuenta la nueva corriente jurisprudencial, la suerte del menor valenciano que sufra la crisis conyugal de sus padres no se va a ver sustancialmente modificada por la decisión sobre su custodia pues los últimos y, suponemos, sucesivos pronunciamientos han normalizado la instauración de esta modalidad también en el Derecho común, al que quedan sometidos desde noviembre pasado los menores valencianos. Confíemos en que prevalezca su superior interés.

58 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Sepin (Persona y Familia)* 2005, pp. 16 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 20 - Nº 2, 2013 pp. 21-59.

AGUILERA RODERO, J.: "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, nº 7826, 27 de marzo 2012.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª: "Comentario al artículo 156 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2011, p. 551.

CASTILLA BAREA, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010, núm. 7, pp. 13-14.

DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª: "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar", *Diario La Ley*, 2014, núm. 8299, pp. 1-9.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*, Vol. IV, 7ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 1997.

DOMINGO MONFORTE, J.: "Vía libre en la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 836, 2012.

ESPARZA OLCINA, C.: "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 204.

FÁBREGA RUIZ, C.: "Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley* nº 7443, 12 julio de 2010, La Ley 3800/2010, p. 8.

FUENTE NORIEGA, M.: *La patria potestad compartida en el Código civil español*, Montecorvo S.A., Madrid, 1986.

GARRIGA GORINA, M.: "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 7537, 2010, p. 3.

MECO TÉBAR, F.: "La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 426.

MORENO VELASCO, V.: "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *Diario La Ley*, n° 7267, 22 octubre 2009.

PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: "Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente", *Diario La Ley*, Sección Dossier, 2013, núm. 8104.

REYES LÓPEZ, M^a. J.: "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", en BARONA SELLÉS, M. A., CLEMENTE MEORO, M., HOYO RODRIGO, J., RAMÓN FERNÁNDEZ, F., VICENTE TORRES, M: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 309.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: "La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor". Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824), *Rev. Boliv. de Derecho* n° 19, enero 2015, pp. 562-575.

ROMERO COLOMA, A. M.: "El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica". *Diario La Ley*, n° 8000, Sección Tribuna, 14 enero 2013.

SERRANO CASTRO, F.: "Posibilidad de establecer un reparto de tiempo de permanencia con los hijos menores, sin reconocer a ninguno de los padres la custodia ni un determinado régimen de visitas", *Boletín de Derecho de Familia*, 2008, núm. 83.

TERZANO BOUZÓN, B.: "La patria potestad en el ordenamiento canónico: contribuciones a la sistematización del derecho canónico de familia", *Cuadernos Doctorales*, n° 8.

VALIÑO, A.: "La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano". *Diario La Ley*, N° 8883, Sección Doctrina, 16 de Diciembre de 2016, pp. 4-7.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades", en AA.VV.: *La custodia compartida a debate* (coord. por T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid, 2012, p. 81.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *Sepín* (Persona y Familia), 2005, pp. 16 y ss.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STC 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 4)
- STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82),
- STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110)
- STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012, 185)
- STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192)
- STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011)
- STS 22 julio 2011 (ROJ 4924/2011)
- STS 27 septiembre 2011 (ROJ5880/2011)
- STS 29 de abril 2013 (ROJ 2246/2013)
- STS 29 abril 2013 (ROJ 2246/2013)
- STS 7 junio 2013 (ROJ 2926/2013)
- STS 25 de noviembre 2013 (ROJ 5710/2013)
- STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013)
- STS 20 noviembre 2013 (ROJ 5713/2013)
- STS 13 febrero de 2015 (ROJ 253/2015)
- STS 14 de octubre de 2015 (ROJ 4165/2015)
- STS 28 enero 2016 (ROJ 149/2016)
- STS 11 de febrero 2016 (ROJ 437/2016)
- STS 4 marzo 2016 (ROJ 973/2016)