

## FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN EL DERECHO COMÚN



**Javier Martínez Calvo**  
**Profesor Ayudante Doctor (acred. Contratado Doctor). Universidad de Zaragoza**

**1.** De acuerdo con los últimos datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2018 tuvieron lugar en España 95.320 nuevas rupturas, y en más de la mitad de los casos (51.7%) existían hijos menores. En estos supuestos, una de las cuestiones que ha de resolverse es la determinación del progenitor que va a asumir el cuidado de los hijos menores del matrimonio, o si lo van a hacer ambos de forma alterna. Para ello contamos con la figura de la guarda y custodia.

La ruptura matrimonial puede articularse a través de dos vías: el procedimiento contencioso o el de mutuo acuerdo. Cabe advertir que los acuerdos alcanzados por las partes gozan de preferencia sobre la intervención del juez, que tiene carácter subsidiario. Ello supone que el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia solo procederá en defecto de acuerdo de las partes (o bien cuando este no sea aprobado o resulte incompleto).

**2.** Cuando el procedimiento se sustancia por la vía del mutuo acuerdo son las propias partes las que deciden conjuntamente las medidas que regirán su ruptura y, entre ellas, el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores.

Nuestro Derecho Civil concede un amplio margen a la autonomía de la voluntad, que, en este supuesto concreto, se concreta en un extenso poder de decisión de las partes para regular las relaciones entre sí y con sus hijos tras la ruptura de la pareja. No en vano, con objeto de facilitar que las partes alcancen un acuerdo, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que puedan hacerlo también durante el transcurso del procedimiento (arts. 770.5 y 771.2 LEC). Además, se faculta a las partes para que en cualquier momento puedan solicitar la suspensión del procedimiento para someterse a mediación (art. 770.7 LEC).

El instrumento a través del cual los cónyuges pueden prever conjuntamente las medidas que regularán sus relaciones entre sí y con sus hijos tras la ruptura matrimonial es el convenio regulador. Su presentación es obligatoria en todos los procedimientos de mutuo acuerdo (o instados por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro), debiendo acompañar a la demanda de separación o divorcio. Así lo exige el Código Civil en sus arts. 81.1 (para la separación) y 86 (para el divorcio).

El Código Civil recoge el contenido mínimo que debe incluir el convenio regulador en su art. 90.1, de cuya lectura puede extraerse que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores debe formar parte del mismo (art. 90.1 a) CC).

Naturalmente, los padres podrán acordar el régimen de guarda y custodia que estimen conveniente, sin verse vinculados por el carácter preferente que las diferentes normas otorgan a uno u otro régimen, ya que dicha preferencia legal solo rige en defecto de acuerdo de las partes.

Para que el convenio regulador pueda gozar de eficacia debe ser aprobado por el juez. Las causas por las que el juez puede denegar la aprobación del convenio regulador son dos: que los acuerdos a los que hayan llegado las partes sean dañinos para los hijos, o bien que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90.2 CC). De la literalidad del precepto puede deducirse que, mientras que en el caso de los cónyuges se exige que el perjuicio que les cause sea grave, en el de los hijos basta con que les provoque cualquier

tipo de daño. Esto es consecuencia de que la materia que nos ocupa está presidida por el principio del interés superior del menor, que deberá prevalecer incondicionalmente.

**3.** Cuando los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, este será establecido por el juez conforme a lo establecido por la ley. De la regulación del Código Civil se desprende una clara preferencia por la modalidad de custodia exclusiva. Y es que, aunque la ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo por vez primera en el Código Civil la figura de la custodia compartida, le atribuyó un carácter excepcional.

La posibilidad de adoptar la custodia compartida en defecto de acuerdo entre las partes se recoge en el párrafo octavo del art. 92 CC, que comienza con la palabra "excepcionalmente", lo cual es bastante representativo del carácter residual que el legislador parece haberle querido dar a esta opción. Pero, además, exige unos requisitos bastante más restrictivos para la custodia compartida que para la exclusiva. Así, se requiere **(a)** que exista petición de parte, **(b)** que concurra informe favorable del ministerio fiscal (aunque, como enseguida veremos, el inciso "favorable" ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre) y **(c)** que la custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor.





a) Por tanto, el primer requisito que exige el art. 92.8 CC para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida en ausencia de acuerdo entre las partes es que dicha modalidad de guarda y custodia haya sido solicitada al menos por una ellas, lo que supone que no cabe la posibilidad de que el juez establezca la custodia compartida de oficio. En cuanto a la forma que debe adoptar la petición del régimen de custodia compartida, parece que bastará con que se solicite de manera alternativa o incluso subsidiaria, es decir, para el caso de que la pretensión principal no resulte estimada. Ahora bien, no será suficiente con que ambos padres hayan solicitado para sí la custodia exclusiva (STS 19 abril 2012).

b) Respecto al informe favorable del ministerio fiscal, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre declaró la inconstitucionalidad del inciso "favorable" previsto en el art. 92.8 CC, por lo que este ya no se configura como un requisito indispensable para acordar el régimen de custodia compartida. Para declarar su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se basó en que suponía una limitación de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y una

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Cabe advertir que lo anterior no quiere decir que el ministerio fiscal no intervenga en el proceso. De hecho, antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia de los hijos menores, el juez debe recabar en todo caso informe del ministerio fiscal (art. 92.6 CC). Lo que sucede es que la inexistencia de informe favorable ya no resulta admisible como fundamento para negar la admisión del régimen de custodia compartida.

c) Por último, el art. 92.8 CC establece como requisito para la adopción de la custodia compartida que quede acreditado que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. De ello cabe deducir que no es suficiente con que el régimen de custodia compartida sea el que más beneficia al interés superior del menor, sino que resulta necesario que sea el único modo en que dicho interés quede protegido. A mi modo de ver, nos encontramos ante un requisito excesivamente estricto, ya que dificulta notablemente el posible establecimiento del régimen de custodia compartida. Además, puede suscitar serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que, pese a que el interés del menor quede protegido

como por el de custodia exclusiva, el juez considere que resulta mucho más conveniente el de custodia compartida. Pues bien, en tal caso el juez se vería obligado a establecer el régimen de custodia exclusiva, es decir, debería adoptar el régimen de guarda y custodia que menos beneficia al interés superior del menor, porque así se lo impone la ley.

Sin perjuicio de los restrictivos requisitos que prevé el Código Civil para adoptar el régimen de custodia compartida, a los que acabo de referirme, lo cierto es que en los últimos tiempos nuestros tribunales están mostrando una actitud cada vez más favorable al establecimiento citado régimen. Resultan especialmente elocuentes algunas de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, como la STS 8 octubre 2009, que inicia esta tendencia de superación de la excepcionalidad de la custodia compartida o la STS 22 julio 2011. En ellas, el Tribunal Supremo defiende que la expresión "excepcionalmente" con la que da comienzo el art. 92.8 CC se refiere no tanto a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional, sino a la ausencia de acuerdo de los progenitores, o, dicho de otra forma, que la regla general es el acuerdo de los progenitores y la excepción el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia. Incluso llega a considerar que la guarda y custodia compartida debe ser la medida más normal y deseable (SSTS 14 octubre 2015, 11 febrero 2016, 6 abril 2018, 18 julio 2019 y 16 junio 2020). Con ello, el alto Tribunal ha llevado a cabo una interpretación extensiva de la ley, yendo más allá del tenor literal de la misma y actuando como motor de cambio para una posible modificación legislativa.

Este proceso de avance de la custodia compartida hubiera culminado de

haber prosperado la reforma que pretendía impulsarse a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013. En dicho Anteproyecto, aun sin dotar al régimen de custodia compartida de un carácter preferente, se superaba su carácter excepcional, equiparándolo al régimen de custodia individual y dejando en manos del juez la decisión sobre qué modalidad de custodia es más conveniente en cada caso para el interés del menor superior (art. 1.4 del Anteproyecto). En cualquier caso, no llegó a ser aprobado, por lo que el sistema actual de preferencia por la custodia exclusiva permanece inmutable a la espera de una futura reforma.

